

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE
DE LA
COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS
EN DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le lundi 20 novembre à 3 heures 30.

PAR

Gustave SIESSE

PREMIER PRIX au concours de Droit Civil 3^e Année (Paris 1910)
DEUXIÈME PRIX au concours de Procédure Civile (Paris 1910)
PREMIER ACCESSIT au concours général (Paris 1910)

President : M. CAPITANT, professeur.

Suffragants { MM. CHÉNON, professeur.
LÉVY-ULLMANN, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

1922

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

CONTRIBUTION A L'ÉTUDE
DE LA
COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS
EN DROIT COMPARÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le lundi 20 novembre à 3 heures 30.

PAR

Gustave SIESSE

PREMIER PRIX au concours de Droit Civil 3^e Année (Paris 1910)
DEUXIÈME PRIX au concours de Procédure Civile (Paris 1910)
PREMIER ACCESSIT au concours général (Paris 1910)



President : M. CAPITANT, professeur.

Suffragants { MM. CHÉNON, professeur.
LÉVY-ULLMANN, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et ancienne Librairie F. Pichon réunies

F. PICHON ET DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'Etat et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR^t)

—
1922



Digitized by the Internet Archive
in 2026

PRÉFACE

Cette modeste contribution à l'étude de la communauté d'héritiers ne prétend pas se présenter comme un exposé dogmatique du régime juridique de l'indivision successorale dans les diverses législations positives. Une pareille œuvre ne saurait être que le fruit d'une expérience étendue et d'une longue patience.

Au surplus, tel n'est pas le but que nous nous sommes proposé.

Notre attention avait été attirée depuis longtemps par les manifestations de cette propriété collective dont la vie moderne suscite l'éclosion incessante de formes variées et sans cesse renouvelées.

Sous la bigarrure et la contingence de ces institutions, jouent des mécanismes de technique juridique au sujet desquels il ne semble pas que, jusqu'à présent, les juristes soient parvenus à s'entendre. Nous n'avions pas l'ambition de suggérer une solution du problème. Nous avons eu simplement la curiosité de rechercher si les solutions que l'on proposait pour le résoudre étaient aussi disparates que les principes sur lesquels elles prétendaient s'appuyer.

Pour procéder à ce travail de vérification, nous avons dû choisir une manifestation particulière mais caractéristique de la propriété collective.

Notre choix s'est porté sur la communauté d'héritiers

parce qu'il nous a semblé qu'elle n'avait pas été, jusqu'à ce jour, l'objet d'une étude critique détaillée sur le terrain du droit comparé.

Nous avons regardé les faits et nous espérons les avoir rapportés sans les avoir trop déformés. Nous avouons en avoir négligés beaucoup. Nous reconnaissons également que d'autres ont retenu notre attention trop longtemps peut-être mais parce qu'il nous paraissaient particulièrement suggestifs.

Chemin faisant, au cours de cette exploration un peu éclectique, il nous a plu de reconnaître que les oppositions radicales entre les doctrines s'atténuaient singulièrement en présence des exigences pratiques au point d'aboutir à des solutions positives sensiblement analogues.

C'est toujours une heureuse surprise de constater que les hommes sont peut-être moins séparés qu'ils le craignent ou qu'ils s'en flattent.

Nous avons trouvé dans cette leçon de scepticisme des motifs de consolation.

.

Cette étude avait été commencée avant la guerre sur les conseils du regretté professeur Massigli. Elle a été achevée depuis sous la direction de M. le professeur Capitant.

Qu'il nous soit permis ici d'unir le nom de ces deux maîtres dans une même pensée de respectueuse reconnaissance.

PREMIÈRE PARTIE

CARACTÈRES GÉNÉRAUX ET ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS

TITRE I

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DE LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS

La notion juridique de communauté (*Gemeinschaft*) procède de cette idée élémentaire qu'un droit peut appartenir à plusieurs titulaires. A cet égard, elle constitue une modalité générale des phénomènes juridiques.

Lorsqu'un droit appartient à plusieurs sujets, nous disons qu'il leur est commun. La copropriété n'est que la communauté du droit de propriété.

Pour qu'il y ait communauté, il faut et il suffit qu'il existe une pluralité simultanée de prétentions juridiques identiques sur un même droit. Cette condition de la concurrence quantitative de prétentions rivales analogues suffit pour différencier la communauté de situations juri-

diques qui constituent un démembrement qualitatif du droit (1).

Par contre, la notion de communauté est susceptible de s'appliquer à tous les droits subjectifs. Ce n'est que par une restriction abusive qu'on prétend trop souvent l'identifier avec l'ensemble des rapports personnels issus d'une copropriété indivise (2). A la vérité, la communauté affecte aussi bien la sphère des obligations (3) que le domaine des droits réels. L'indivisibilité et la solidarité ne sont, en effet, que les aspects les plus familiers de l'obligation commune.

La communauté peut être restreinte à un droit particulier et isolé mais elle peut aussi bien embrasser une universalité juridique. Or, ce qu'il importe de constater, dès à présent, c'est que toute concurrence de prétentions juridiques sur un même droit provoque nécessairement l'apparition de rapports personnels entre leurs différents titulaires (4). Ce sont ces rapports personnels qui constituent à proprement parler l'obligation de communauté.

Ces rapports de communauté sont d'une extrême variété et l'on peut observer en eux toute une gradation infiniment nuancée depuis les relations précaires qui sont celles de l'indivision romaine jusqu'à ces réglementations si complexes qui président au fonctionnement des personnes

1. Ahrens. *Encyclopédie juridique ou exposition organique de la science du droit privé*, I, p. 240.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, Société, n° 509; Ricol, thèse : *La copropriété en main commune* (Gesammte Hand) et son application possible au droit français, p. 37.

3. Voir à ce sujet l'intéressant arrêt de Cass., 48 oct. 1893, S. 1894. I. 353 et note Tissier.

4. Huber. *Exposé des Motifs du Code civil Suisse*, III, p. 28.

morales. Il n'y a qu'une différence de degré entre la copropriété et la société (1).

A la vérité les communautés ne se distinguent que par leur caractère économique et c'est dans la diversité de leur but social qu'il faut chercher la raison de leur différence de régime.

L'on peut distinguer à ce sujet 5 types essentiels de communauté :

1° La communauté de répartition dont le type est la copropriété romaine et dont l'existence suppose un simple obstacle de fait à une répartition immédiate des divers attributs du droit commun entre ses divers titulaires ; elle se caractérise par la prédominance absolue du droit de l'individu qui, armé d'un *jus prohibendi* catégorique, peut imposer à ses communistes l'inaction forcée.

2° La communauté de liquidation, telle que la communauté conjugale en dissolution ou la société en liquidation ; celle-ci est déjà plus stable et le droit de l'individu y est contraint de s'incliner devant les exigences d'une liquidation nécessairement préalable à la répartition.

3° La communauté conservatoire (copropriété avec indivision forcée) dont la stabilité et la permanence sont exigées par l'intérêt particulier de chacun des intéressés. Dans un pareil régime, chaque communiste peut user de la chose commune pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits égaux de ses consorts.

4° La communauté sociétaire telle que la société et la copropriété des navires où la mise en commun de certains biens est justifiée par l'organisation de leur exploi-

1. Manara. A propos des sociétés de commerce irrégulières (*Ann. de droit comm.*, 1912, p. 357). Ramponi. *Della comunione*, p. 6.

tation rationnelle en vue d'une distribution régulière de bénéfices.

5° Enfin la communauté corporative, telle que l'association, dans laquelle l'intérêt individuel s'évanouit à peu près complètement devant le but supérieur poursuivi par l'institution.

Cette hiérarchie de communautés dans le sens de la complexité que nous venons d'esquisser se caractérise par une atténuation progressive des prérogatives individuelles et par une organisation croissante de l'institution à laquelle la loi concède, quand elle le juge nécessaire, le bénéfice de la personnalité morale.

Ces quelques notions générales sur l'état de communauté vont nous permettre d'aborder plus utilement l'étude des traits essentiels de la communauté d'héritiers.

L'hérédité commune est une hérédité qui se trouve dévolue simultanément à plusieurs héritiers. Elle constitue un phénomène juridique qui suppose la réunion d'un certain nombre de conditions d'existence.

1° La communauté d'héritiers implique tout d'abord l'organisation d'un régime successoral. Elle nous apparaît, à ce titre, comme un phénomène social relativement récent et dont le développement a été subordonné à la disparition du communisme familial primitif (1).

2° Elle suppose, d'autre part, l'existence d'une pluralité d'ayants-droit, ce qui explique qu'on ne la rencontre que sous un aspect particulièrement déformé dans les civilisations féodales (2).

1. Fustel de Coulanges. *Nouvelles recherches sur quelques problèmes d'histoire*, p. 7.

2. Les privilèges de masculinité et d'aînesse ainsi que les renon-

3° Elle exige, en outre, que ces ayants-droit soient des ayants-cause universels ou à titre universel, ce qui suffit pour la différencier de la situation juridique résultant d'une pluralité de legs conjoints.

4° Elle implique la présence d'un actif successoral, car, à la différence de la communauté conjugale qui peut s'ouvrir avec une caisse vide, elle suppose nécessairement l'existence de biens à partager.

5° Enfin, la communauté héréditaire ne peut exister que dans la mesure où cet actif n'a pas été réparti entre les divers patrimoines particuliers des cosuccesseurs. Dans le droit anglais moderne, la succession est liquidée par un exécuteur testamentaire ou par un administrateur judiciaire chargé de distribuer l'actif après liquidation du passif. Avec un pareil régime, il n'y a pas de place pour la communauté d'héritiers.

En résumé, la communauté d'héritiers est la communauté qui existe entre ceux qui sont appelés simultanément à recueillir à titre universel une même succession dont l'actif n'a pas été réparti.

Comme toute institution sociale, l'existence de la communauté d'héritiers soulève un problème législatif. Dans l'espèce, la difficulté de ce problème tient à la nécessité de concilier, autant que possible, trois intérêts en présence : l'intérêt des héritiers, l'intérêt des tiers et l'intérêt public.

1° L'intérêt des héritiers s'exprimait, dans les civilisations anciennes, en fonction de l'ancienne solidarité familiale. De cette solidarité familiale sont issus, d'une part,

ciations contractuelles devaient singulièrement diminuer, au moyen âge, le nombre des indivisions de biens nobles.

un esprit d'exclusivisme dont les retraits lignager, successoral et autres attestent suffisamment la survivance jusqu'à l'époque contemporaine, et, d'autre part, une certaine tendance à une bienveillance mutuelle (*jus fraternitatis*) dont l'on peut relever des traces non équivoques dans l'organisation positive de la communauté successorale actuelle.

Ces traditions de solidarité familiale devaient, cependant, s'affaiblir au cours des âges. Des raisons morales, économiques et sociales sur lesquelles il serait trop long d'insister conspiraient pour exalter dans l'homme un esprit d'indépendance d'autant plus vif qu'il se développait parallèlement à un besoin croissant d'égalité.

Aspirations cependant bien difficilement conciliables que le désir de la liberté et la passion de l'égalité ! N'en voyons-nous pas la preuve dans le fonctionnement social des communautés d'héritiers.

Tout est prétexte à conflit entre les divers successeurs : « Le sang les avait joints, l'intérêt les sépare »...

C'est le conflit entre le cohéritier qui veut exiger un partage immédiat et celui qui, absent, se refuse cependant à ce que ce partage ait lieu hors de sa présence. C'est le conflit entre l'héritier qui désire disposer de sa quote-part sur les objets héréditaires et son consort qui a la prétention de voir entrer dans son lot des biens libres de toute charge. C'est le conflit entre le cosuccesseur qui veut innover et celui qui ne veut rien faire. Bref, c'est le conflit nécessaire, général et permanent.

2° Le patrimoine successoral est à la fois le bien des héritiers et le gage des créanciers. Mais, ici encore, comment s'effectuera la conciliation des intérêts en présence ? Le respect des droits acquis aux tiers ne devra pas faire

tort au principe d'égalité qui doit régner entre les copartageants au sujet de la répartition des droits et des charges.

3° Enfin, l'ordre général est intéressé à la réglementation de la communauté d'héritiers.

Mais cet intérêt social a singulièrement changé de caractère au cours des siècles. Il se confondait autrefois avec celui de la famille à une époque où les préoccupations religieuses unies à certaines considérations aristocratiques semblaient exiger la stabilité de la communauté successorale.

Les temps modernes obéissent à de toutes autres suggestions. Hantés par les préoccupations économiques, ils ont, au nom du principe de la libre circulation des biens, prononcé contre les communautés une condamnation qu'ils croyaient devoir rester sans appel.

Cependant l'individualisme classique abandonne chaque jour quelque peu de son intransigeance et nous assistons aujourd'hui à ce spectacle singulier de législateurs contemporains qui s'efforcent de restaurer la cohésion du groupement familial par des tentatives de stabilisation de la communauté d'héritiers (1).

1. Voir sur les indivisions prolongées résultant des lois françaises relatives à la petite propriété : Colin et Capitant. *Cours élémentaire de droit civil français*, III, p. 507. L'on consultera également avec intérêt pour le droit suisse : Dardel. *Communautés et indivisions de famille en France et en Suisse*, p. 3. Voir aussi Luzzatto. *La proprietà nel diritto italiano*, I, p. 164.

TITRE II

L'ÉVOLUTION HISTORIQUE DE LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS ET LES TRADITIONS LÉGISLATIVES

CHAPITRE PREMIER

Les caractères généraux de l'évolution de la communauté d'héritiers.

Il résulte des développements qui précèdent que la communauté d'héritiers n'a pu apparaître sur le terrain du droit positif que dans des civilisations arrivées à un développement de l'esprit juridique assez avancé pour connaître à la fois la propriété et la dévolution successorale.

Cependant, il n'est pas trop hasardeux de supposer que la fonction sociale de la famille primitive devait fréquemment exiger la survie du patrimoine au décès de son titulaire et entraîner, par conséquent, l'absence de partage entre les enfants (1). Des raisons économiques et

1. Le même résultat peut provenir de la complication de la législation successorale. Dans les successions arabes d'Algérie où le droit du cohéritier est représenté quelquefois par une fraction dont le dénominateur a sept ou huit chiffres, les cohéritiers préfèrent s'abstenir de liciter à un étranger et restent fréquemment dans l'indivision. Voir à ce sujet Larcher, *Traité de Législation algérienne*, III, § 718.

religieuses (1) s'accordaient alors pour conserver au patrimoine le caractère d'indivisibilité qu'il avait acquis du vivant du défunt.

L'on s'explique, dans ces conditions, que l'indivision successorale se manifeste originairement avec un certain caractère de permanence et de stabilité qu'elle a perdu par la suite (2) jusqu'au moment où l'on ne vit plus en elle qu'un phénomène juridique éphémère destiné à disparaître rétroactivement par l'effet d'un partage déclaratif.

Sous cette forme primitive, la communauté d'héritiers constituait une véritable association de famille ; elle ignorait l'existence de quote-parts particulières et subsistait grâce à des phénomènes d'accroissement du droit des participants disparus au profit des survivants (3).

En réalité, ce fut la reconnaissance au profit de chaque successeur d'une quote-part dans le patrimoine commun, dont il pouvait exiger la réalisation immédiate par une liquidation forcée, qui devait attribuer à la communauté héréditaire son caractère définitif.

Ce résultat qui ne fut réalisé quelquefois qu'assez tard ne fut pas toujours atteint directement. Il arrivait fréquemment que le partage n'avait d'autre effet que de fixer la proportion théorique des parts individuelles qui restaient confondues en fait par la perpétuation de la vie commune (4). Cependant, ici encore, une évolution devait

1. Kohler, *Lehrbuch der Rechtsphilosophie*, p. 133.

2. Sumner-Maine, *Ancien Law*, passim ; Dareste, *Nouvelles ét. d'hist. du droit*, I, p. 244 et 344.

3. Dareste, *op. cit.*, passim. ; Ewers, *Das Alteste Recht der Russen* ; Guiraud, *La propriété foncière en Grèce* ; Alcalde Prieto, *Curso theorico pratico de derecho civil espanol*, éd. 1880, p. 158.

4. Revillout, *Précis de droit égyptien comparé aux autres droits*

se produire. L'usage et l'administration des biens communs que des considérations religieuses tendaient à réserver à l'ainé des héritiers mâles (1) furent progressivement revendiqués par chacun des membres de la communauté. Dès lors, un régime de délibérations collectives succéda à celui de la souveraineté individuelle. Les difficultés du nouveau mode de gestion jointes à l'altération progressive de l'ancienne solidarité familiale devaient contribuer à rendre plus fragiles encore la durée de l'indivision et, en multipliant les partages, provoquer la dislocation rapide des antiques communautés familiales.

Dès lors, la communauté héréditaire cessait d'être une simple pratique sociale pour devenir une manifestation particulière du droit successoral. C'est dans cet état que nous la rencontrons au début de la civilisation juridique alors qu'elle allait être recueillie par les diverses législations positives et subir dans chacune d'elles des évolutions différentes.

Toutefois, nous croyons qu'il est possible de grouper ces diverses évolutions historiques en les rattachant aux traditions auxquelles elles obéissent. A cet égard, la communauté d'héritiers a fait l'objet de trois traditions assez distinctes et que nous étudierons successivement : les traditions romano-classiques, les traditions germaniques et les traditions anglo-saxonnes.

de l'antiquité, p. 666 ; Larcher, *op. cit.*, § 748 ; Hanoteau et Letourneux, *La Kabylie et les coutumes kabyles*, II, p. 468, s.

1. Kohler, *op. cit.*, p. 136 ; Ewers, *op. cit.*, p. 17. C'est encore aujourd'hui le droit commun des législations d'Extrême-Orient. En ce sens, Dareste, *op. cit.*, p. 295 et 297.

CHAPITRE II

Les traditions romano-classiques de la communauté d'héritiers.

SECTION A. — LA FORMATION DE LA THÉORIE CLASSIQUE

§ 1. — *Le droit hellénique.*

L'origine de la tradition classique peut être recherchée jusque dans le très ancien droit hellénique.

La civilisation grecque primitive avait connu ces communautés domestiques qui, sous le nom de *omosipoi omokapnoi* (1), étaient encore assez vivaces au temps de la loi de Gortyne pour que cette fameuse codification se soit préoccupée d'en imposer la dissolution lorsqu'elle était réclamée par l'un des participants. On les rencontre plus tard un peu partout, dans la Grande Grèce, à Hyettos, à Delphes (2), sous les formes les plus diverses et les plus inattendues puisque l'antique institution du *Kléros*, qui constituait un véritable homestead, impliquait une sorte de communisme matrimonial (3). Les orateurs attiques font de fréquentes allusions à une sorte de société entre

1. Ces désignations sont attribuées au législateur Charondas et au poète Epiménide par Aristote, *Pol.*, I, 4, 6.

2. Glotz, *Solidarité de la famille en Grèce*, p. 169 s ; Hermann und Thalheim, *Lehrb. der griech. Antiq.*, § 9, p. 61 ; Beauchet, *Hist. du droit privé de la Rép. Athén.*, III, p. 424.

3. Guiraud, *La propriété foncière en Grèce*, p. 228.

héritiers assez stable pour survivre au décès de l'un d'eux (1). Toutefois, il semble bien que cette société héréditaire était limitée aux biens immobiliers et que sa liquidation pouvait toujours être exigée par l'un des participants dont la quote-part était absolument autonome et vraisemblablement insaisissable.

En ce qui concerne les dettes, l'antique solidarité de la famille ne subsistait plus, depuis longtemps déjà, que dans des hypothèses exceptionnelles et la responsabilité partiaire du cosuccesseur pouvait être limitée à son émolument au moyen de l'établissement d'un inventaire de l'actif successoral (2).

§ 2. — *Le droit romain classique.*

Quelque intéressantes que puissent être pour nous ces dispositions de l'ancien droit hellénique, la véritable origine de la tradition classique ne doit pas être cherchée ailleurs que dans le droit romain.

Ce dernier avait également connu, à ses débuts, les survivances d'anciennes associations familiales (3), mais celles-ci devaient disparaître plus rapidement encore que dans l'ancienne Grèce. Si l'on trouve encore quelques traces isolées du *consortium* agnatique jusqu'au début de l'époque impériale, il est certain que cette institution était déjà complètement tombée en désuétude à l'époque de la rédaction décenvirale. L'on ignore, au surplus, quels

1. Caillemet, *Du droit de succession à Athènes*, p. 205.

2. Meier Schömann Lipsius, *Der Attische Prozess*, p. 598 s. ; Hermann Blümner, *Privatalterthümer*, p. 372.

3. Hearn, *The Aryan household*, p. 180 ; Dewas, *Studien über das Familienleben*, p. 28.

étaient ses véritables caractères (1) et les théories qui prétendent lui rattacher le contrat de société ne reposent encore que sur des conjectures.

La loi des XII Tables en posant le principe *nomina erecta sunt* formulait une conception juridique fondamentale qui est encore vivante à l'heure actuelle.

Il faut observer, d'ailleurs, que cette conception n'était qu'une émanation directe et en quelque sorte nécessaire de la conscience psychologique du Romain primitif. Celle-ci était nourrie par un amour violent de la liberté et aussi par le culte de cette manifestation extérieure de la liberté qu'on appelle la propriété. Le droit n'était pour son titulaire que l'affirmation sociale d'une volonté de puissance. Les biens eux-mêmes n'étaient que le support de cette autorité.

Dès lors, la succession juridique devait apparaître moins comme une acquisition patrimoniale que comme une transmission de ce pouvoir subjectif. Lorsque le titulaire d'un patrimoine venait à mourir, ses biens ne pouvaient avoir d'autre destination que celle d'être répartis entre ceux qu'il avait désignés pour continuer ses traditions religieuses et sociales.

La volonté du défunt étant entière, il pouvait appeler à lui succéder conjointement des individus qui se trouvaient être absolument étrangers. Dans un pareil système, il n'y avait pas de place pour l'association familiale. L'esprit individualiste qui imprégnait le fonctionnement des institutions civiles exigeait que chaque héritier se vit le plus rapidement possible alloti de sa part dans l'actif succes-

1. Karlowa, *Römische Rechtsges.* II, p. 652; Trumpler, *Die Geschichte der röm. Gesellschaftsformen.*

soral afin d'acquérir une complète indépendance à l'égard de ses cosuccesseurs.

Cet état d'esprit nous permet d'expliquer ce fait essentiel et dont nous ne saurions assez souligner l'importance, c'est que la communauté d'héritiers romaine n'est pas une institution.

Il faut même aller plus loin. La communauté d'héritiers est inconnue du droit romain. Feuilletons les commentaires des jurisconsultes ou les compilations justiniennes, nous n'y trouverons aucun titre consacré à l'indivision successorale. Nous n'y rencontrons pas d'*actio de communione* mais seulement des actions divisaires (*actio familiæ eriscundæ, communi dividundo*).

Cette attitude législative est parfaitement caractéristique. Si la communauté héréditaire n'est pas une institution juridique romaine, c'est qu'elle manque de ce but spécial et distinctif qui donne à toute institution son caractère original. Cette communauté successorale n'est pas affectée à un règlement de comptes entre héritiers ou à la liquidation du passif héréditaire ; elle n'existe que pour s'évanouir aussitôt par la distribution de l'actif et du passif entre les divers ayants-droit. La communauté d'héritiers romaine est le type de la communauté de répartition.

Les jurisconsultes romains surent avec une logique rigoureuse déduire les conséquences juridiques de ce principe directeur. Ces conséquences, nous pouvons les ramener à quatre règles essentielles.

1° La communauté héréditaire n'étant pas une institution, le patrimoine sur lequel elle repose est dépourvu d'autonomie juridique.

Le rapport subjectif qui existait entre le patrimoine et

son titulaire s'est trouvé rompu à la mort de ce dernier. Dès lors, les biens que le défunt a laissés après lui ne constituent plus un patrimoine mais une collection de valeurs qui ne sont soumises à d'autre affectation que celle d'être distribuées (1).

Comme il ne peut pas y avoir de biens sans maître, chacune de ces valeurs sera considérée, au moment du décès, comme ayant été répartie en droit entre les divers patrimoines particuliers des cosuccesseurs.

Cette absorption juridique des effets héréditaires dans le patrimoine propre des divers héritiers est absolument complète et il n'est pas difficile, dès lors, de s'expliquer pourquoi le droit romain devait ignorer la notion d'un patrimoine successoral indivis.

2° A ce premier principe s'en rattache un second.

Les prétentions juridiques du cohéritier sur chacun des droits composant l'actif héréditaire sont exactement déterminées au jour de l'ouverture de la succession et leur réalisation s'effectue suivant des procédés qui ne dépendent que de leur structure particulière.

Le patrimoine indivis n'existant pas, les valeurs successorales se trouvent automatiquement réparties entre les patrimoines respectifs des divers ayants droit proportionnellement à la vocation héréditaire de ces derniers.

Toutefois, il fallut reconnaître assez rapidement que les droits ne sont pas toujours susceptibles de se briser en plusieurs parties équivalentes sans l'intervention d'une opération juridique de distribution. La répartition auto-

1. Binder, *Rechtsstellung des Erben*, § 33, note 1 ; Bonfante, *La successio in universum jus e l'universitas* (*Mélanges Scialoja*, p. 530 s.).

matique et instantanée ne représente qu'un idéal législatif qui se heurte fréquemment à des obstacles de fait. En réalité, l'opération de distribution sera plus ou moins délicate suivant les difficultés plus ou moins grandes de divisibilité matérielle que comporte l'objet du droit.

C'est à ce point de vue exclusif que se sont placés les jurisconsultes romains pour organiser la liquidation de la succession indivise.

Ils divisaient à cet égard les éléments de l'actif héréditaire en trois groupes qu'ils soumettaient à un régime juridique différent.

a) Les droits tels que les obligations de sommes d'argent ou de choses de genre étaient divisés automatiquement par l'effet d'une simple opération arithmétique. *Nomina ercta sunt*. C'était bien là la solution la meilleure puisqu'elle supprimait toute relation de cohérité. Aussi ne devait-on pas hésiter à la pousser jusqu'à sa plus extrême limite en l'étendant aux obligations de transférer la propriété des corps certains (1).

b) Il existait, par contre, certains droits réels et certaines obligations, tels que les servitudes et les obligations dont elles sont l'objet, dont la nature même s'oppose à toute possibilité de fractionnement.

C'est cette impossibilité d'exécution partielle qui devait donner naissance à la fameuse théorie romaine des obligations indivisibles (2).

Qu'il nous suffise de rappeler, à ce sujet, que les juris-

1. Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 736, note 3. Sur les difficultés d'application du système, voir Kleyer : *Les obligations divisibles et indivisibles*, p. 33, note 42.

2. Bibliographie dans Windscheid-Kipp, *Lehrb. des Pand.*, § 253, n° 1.

consultes classiques sacrifièrent délibérément le principe d'égalité qui doit régner entre communistes au dogme intangible du maximum d'autonomie au profit de l'héritier. Chaque créancier de l'obligation indivisible pouvait agir pour le tout contre le débiteur commun, sauf à partager avec ses consorts le bénéfice du droit qu'il avait exercé isolément (1).

c) Mais, entre les obligations divisibles et les droits indivisibles, la doctrine classique avait conçu une catégorie juridique intermédiaire, celle des droits non immédiatement divisibles en nature mais immédiatement divisibles en pensée. C'est à cette catégorie qu'appartenait le *dominium*.

Au point de vue de l'histoire du droit comparé, il s'est produit ici une des constructions les plus originales et les plus déconcertantes de la pensée juridique.

Comment des esprits aussi réalistes que ceux des jurisconsultes romains sont-ils parvenus à imaginer l'idée d'un droit portant sur une quote-part incorporelle de la chose commune et pouvant faire l'objet d'actes juridiques alors qu'il est interdit à son titulaire de se livrer au moindre acte d'initiative matérielle sur la chose elle-même sous peine de se voir arrêté par le *jus prohibendi* de son communiste ?

Il est infiniment probable que les prudents n'édifièrent jamais une théorie d'ensemble de la copropriété. Il est même à présumer qu'ils n'établirent au début aucune différence intrinsèque entre le *dominium* et le *condominium*.

1. Sur les garanties qui pouvaient être exigées par le débiteur commun au cas de poursuite de l'un des cocréanciers, voir Gradenwitz : *Die Interesseleistung bei unteilbaren Obligationen nach röm. R.*, p. 11 et s.

La chose indivise devait simplement leur apparaître comme l'objet d'un faisceau de propriétés distinctes (1). Cette antique représentation, que nous retrouvons chez des jurisconsultes relativement récents, Quintus Mucius Scævola, Servius Sulpicius et même chez Labéon et Gaius (2), devait être abandonnée au profit d'une maxime nouvelle que Celse paraît avoir dégagée le premier en affirmant que *duorum quidem in solidum dominium esse non posse*.

C'est à partir de ce moment que la quote indivise commence à affecter un caractère purement conceptuel par opposition au droit de propriété qui s'objective dans la chose sur laquelle il porte. Il est possible que les jurisconsultes classiques aient été influencés sur ce point par la théorie platonicienne qui faisait de l'idée la seule réalité des choses alors que l'apparence sensible n'en constitue que l'élément secondaire et contingent (3). Dès lors, la réalité juridique était la quote divisée tandis que l'objet indivis qui la supporte ne constitue que l'apparence du droit.

Quoi qu'il en soit, cette quote-part avait une existence autonome et elle pouvait faire l'objet des actes juridiques les plus variés. En particulier, son aliénation était absolument libre. Cette opération avait, il est vrai, pour

1. Fisele, Zur Lehre vom Miteigentum (*Archiv für die civ. Prax.*, 63, pp. 27 et 71); Fadda, *Foro Italiano*, 14, fasc. 23; Miescher, *Die Besizinterdikte unter Mithesitzer*; Cf. Von Seeler, *Miteigentum im röm. R.*, p. 8.

2. Paul, D. 50, 16. 25. 1; Paul, D. 30, 1. 5. 1; Gaius, D. 23. 2. 46.

3. Cornil, *Philosophie et droit privé*, p. 58; Sokolowski, *Philosophie im Privatrecht*, passim; Van Biervliet, *Rev. pratique du notariat belge*, p. 259, note 20.

conséquence de changer la cause héréditaire de la *communio* en transformant cette dernière en une communauté ordinaire ; mais ses effets étaient définitifs puisqu'ils ne dépendaient pas de l'effet du partage qui n'était qu'un acte simplement translatif des droits partiels des indivisaires.

Mais comment l'existence purement intellectuelle de la quote pouvait-elle se concilier avec l'indivisibilité de fait de l'objet commun, lorsqu'il s'agissait pour le cohéritier de se livrer sur cet objet à des actes d'administration ou d'utilisation matérielle ?

L'on sait que les Romains avaient tranché la question en élaborant l'adage devenu fameux *in pari causa melior est causa prohibentis*. Cette maxime est une conséquence logiquement nécessaire du caractère exclusif du *dominium* que les anciens jurisconsultes reconnaissaient au copropriétaire. Mommsen (1) et, à sa suite, quelques romanistes italiens contemporains (2), ont prétendu voir dans ce *jus prohibendi* une extension au droit privé du principe de l'*intercessio* qui, sur le terrain du droit public, présidait au fonctionnement des magistratures collégiales. Les deux institutions seraient dérivées de l'organisation primitive du *consortium* familial ce qui expliquerait que la structure de l'*imperium* et celle du *dominium* collectifs présenteraient les mêmes caractères.

Les magistrats, comme les copropriétaires, peuvent se mettre d'accord (*comparatio*) pour exercer le pouvoir soit en commun soit isolément mais alors alternativement. L'intervention du Sénat comme régulateur des conflits

1. *Droit public romain*, 1, p. 306, note 1.

2. Bonfante, *Istituzioni*, 4^e éd., p. 269, note 1 ; Fadda, *Studi in onore di Brugi*, p. 141 ; Pacchioni, *Corso di dir. rom.*, II, p. 254.

entre consuls correspond à celle du magistrat qui statue sur les contestations entre communistes. Enfin, de même que les cohéritiers ont le droit de demander le partage par l'*actio familiae erciscundæ*, le Sénat et les consuls dont l'autorité se heurtaient finirent par se partager l'empire par le système des provinces.

Il faut bien reconnaître cependant qu'il n'y a au fond de ce rapprochement qu'une hypothèse séduisante mais qui peut être aisément réfutée. La collégialité des magistratures publiques romaines provient d'efforts accomplis très consciemment non pas en vue de partager la royauté mais de la doubler, et, par suite, au cas de nécessité, d'en écarter les dangers. L'*intercessio* du tribun et le *jus prohibendi* du cohéritier peuvent avoir quelques traits d'analogie dans les conditions de leur exercice mais il n'existe aucun lien de parenté entre les deux institutions (1).

A la vérité, il est assez difficile de se rendre compte comment ce *jus prohibendi* entre communistes était mis en œuvre.

Il n'impliquait pas, ainsi qu'on le croit trop souvent (2), que l'acte du copropriétaire ne pouvait avoir de valeur juridique que s'il était accompagné du consentement unanime de ses consorts. Le droit de l'indivisaire n'était pas théoriquement restreint ; il était de même nature que celui du propriétaire unique et c'est seulement sur le terrain des faits qu'il pouvait être paralysé par une opposi-

1. Perozzi, *Un paragone in materia di comproprietà*, Mélanges Girard, II, p. 335.

2. Von Seeler, *op. cit.*, p. 9 ; Segré, *Sulla natura della comproprietà in dir. rom.*, (*R. it. di sc. guir.*, VI, p. 45) ; Perozzi, *op. cit.*, Scialoja, *Lezioni*, 1908 1909, p. 729.

tion qui, à l'origine, devait se traduire sous une forme plus matérielle que juridique (1).

Nous verrons plus loin que le dommage qui résultait de la violation de ce *jus prohibendi* pouvait être réparé grâce au système des *prestationes personales* qui devaient finir par être incorporées à l'action divisoire. Mais, sans attendre la dissolution de la communauté, l'indivisaire *prohibens* avait, à défaut de l'*actio negatoria* ou *prohibitoria* que les textes paraissent lui refuser (2), la ressource de recourir aux interdits bien que l'on ait beaucoup discuté sur les conditions dans lesquelles cette voie de droit lui était accordée. Certains auteurs prétendent que l'interdit servait au communiste à venir à bout d'une résistance injustifiée (3). D'autres interprètes soutiennent qu'il lui permettait de faire garantir son droit de jouir de la chose conformément à sa destination (4). Enfin, quelques pandectistes refusent au communiste romain toute protection possessoire lorsqu'il ne pouvait invoquer un droit propre tel que celui de faire les réparations nécessaires (5).

Il est probable, cependant, que l'interdit servait à sauvegarder le droit du copropriétaire contre l'opposition injuste de ses consorts mais il est vraisemblable que

1. Joerges, *Miteigentum*, p. 8, note 23 ; Bonfante, *Istit.*, 4^e éd., p. 269, note 1 ; Pacchioni, *op. cit.*, II, p. 254 ; Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 169 a.

2. Dernburg, *Pand.*, § 196, note 13 ; Joerges, *op. cit.*, p. 7 ; Comp. Von Seeler, *op. cit.*, p. 36.

3. Wendt, *Das Faustrecht oder Besitzvertheiligung und Besitzverfolgung*, p. 120 ; Randa, *Das Besitz nach gem. Recht*, p. 166.

4. Girtanner, *Jahrb. für die Dogm.*, III, p. 239.

5. Schott, *Das jus prohibendi und die formula prohibitoria*, p. 19 ; Diez, *Die Lehre vom Miteigentum*, passim.

lorsque la question soulevait une difficulté relative à la détermination de l'étendue des droits respectifs des intéressés, elle devait être tranchée au pétitoire par le juge statuant sur l'action divisoire (1).

Quoi qu'il en soit, les conséquences pratiques de ce *jus prohibendi* rendaient la vie en commun absolument intolérable. Aussi devine-t-on que la situation ne devait pas tarder à se liquider par l'effet d'un partage. Celui-ci s'analysait en une série de translations réciproques de quote-parts et avait pour effet de faire reposer pour l'avenir le droit qui se trouvait déjà quantitativement divisé sur un objet qualitativement autonome et distinct.

3^o Arrivons maintenant au troisième principe essentiel dégagé par la théorie classique. C'est l'inexistence entre les héritiers de rapports spécifiques de cohérité et l'absence normale de tout rapport obligatoire rationnel quelconque.

Le cohéritier possède, comme tel, une situation juridique indépendante et la dévolution successorale collective ne crée entre les divers successeurs qu'un état inorganique et passif. En principe, chaque successeur est indépendant de ses consorts et il ne peut être lié vis-à-vis d'eux par une obligation quelconque qu'en raison d'un fait extra-contractuel et, par conséquent, anormal.

Le cosuccesseur est absolument indépendant en ce qui concerne l'exercice des droits divisibles. Il l'est à peu près complètement à l'égard des droits indivisibles puisqu'il peut librement les exercer pour la totalité de leur valeur, sauf à partager avec ses consorts le produit de son initiative.

1. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 852, note 12; Ubbelohde, *Interdikte* V, 1, p. 547.

Le lien obligationnel des cohéritiers est restreint au fonctionnement du régime des biens indivis. Ces obligations entre copropriétaires que les Romains ne distinguèrent pas toujours soigneusement de celles qui naissent du contrat de société se développèrent lentement et progressivement jusqu'au moment où les compilations byzantines les systématisèrent en les rattachant au groupe des obligations quasi-contractuelles (1).

Des travaux récents ont établi que la faculté pour le cohéritier d'exiger le partage *ad nutum* apparaissait moins comme un droit de créance contre ses coindivisaires que comme un attribut de son droit réel de copropriété (2). Ce n'est donc pas dans cette faculté qu'il faut rechercher l'origine de l'obligation de communauté. Celle-ci se rattache à la singulière théorie des *prestationes personales* qui n'est pas encore aujourd'hui complètement élucidée.

Il faut bien comprendre, en effet, que l'autonomie théorique des prétentions parallèlement exclusives des communistes rencontrait un obstacle de fait dans l'état indivis de l'objet commun. Certes, les cohéritiers pouvaient souscrire à une convention d'organisation d'indivision. Mais une telle convention, dont on a quelquefois discuté la portée, ne pouvait vraisemblablement produire aucun effort réel (3) et se trouvait être ainsi singulièrement précaire.

1. Pernice (*Zeit. Sav. Stift*, 1898, p. 163); Riccobono, *Del diritto romano class. al dir. mod.*, p. 279; Vizios, *La notion de quasi-contrat*, p. 90.

2. Bekker, *Aktionen*, I, p. 240; Brinz, *Pand.*, § 176; Audibert, *Nouv. ét. sur la form. des act. fam. etc. et com. div.* (*N. R. H.*, 28, p. 656).

3. Wroblewski, *Zur Lehre von der Kollision im Privatrecht*, p. 205; Joerges, *op. cit.*, p. 12, note 35.

Comp. Dernburg, *Pand.*, I, § 196, note 2; Adler, *Zur Entwick. und Dogmat. des Gesells.*, p. 18.

En l'absence de toute convention de ce genre, le *jus prohibendi* reprenait son empire. Mais ce droit de veto n'empêchait pas qu'il put se produire, en fait, des actes irréguliers d'initiative isolée qui pouvaient être avantageux pour leur auteur ou dommageables pour les consorts de ce dernier. Enrichissements sans droit et dommages injustes, telles étaient les alternatives nécessaires d'un régime juridique qui n'autorisait que l'inertie. Ces actes devaient être réparés au nom de la logique du système. Aussi bien est-ce la notion de cette *communicatio lucri et damni* que nous trouvons à l'origine de la théorie des *prestationes personales*.

L'on sait par quelle voie singulière se réalisa cette accommodation des rigueurs de la théorie à la force contraignante des faits. L'on a montré récemment comment elle fut réalisée au point de vue technique par l'intégration des *prestationes personales* à l'*intentio* des actions divisoires. L'on a pu établir que, à partir de ce moment, l'action divisoire comprenait deux parties munies d'une *intentio* et d'une *demonstratio* distinctes, l'une consacrée aux *prestationes*, l'autre au partage proprement dit, ce qui justifie les qualifications de *judicium duplicium* et d'action mixte qui devaient lui être attribuées par les commentateurs (1).

Il faut remarquer en outre, que les obligations nées du fonctionnement irrégulier de l'indivision héréditaire ne se liquidaient pas seulement au moyen de l'*actio familiæ erciscundæ*. Dans les cas où il s'agissait de rapports qui, apparus au cours de la communauté, étaient cependant

1. Audibert, *op. cit.*, *passim*; Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen im klassischen römischen Recht*.

étrangers à son fonctionnement, le communiste pouvait agir par voie de *negotiarum gestio* (1). Mais, ici encore, il s'agissait de régler sur le terrain du droit les conséquences d'un acte anormal et irrégulier.

En d'autres termes, les obligations de communauté affectaient, en droit romain, un caractère exceptionnel et constituaient comme autant d'exceptions au principe de l'indépendance des cohéritiers.

Au surplus, ce principe d'indépendance retrouvait toute sa rigueur lorsqu'il s'agissait d'organiser les relations des cohéritiers avec les tiers (*rei vindicatio*, *petitio hereditatis partiaria*, etc...) (2). Dans ce cas, les actes accomplis par l'un des communistes lui préjudiciaient ou lui profitaient exclusivement (3) sauf lorsqu'il s'agissait de droits indivisibles (4) et la sentence prononcée dans un procès à l'égard de l'un des cosuccesseurs n'entraînait pas force de chose jugée vis-à-vis des autres (5), ce qui explique que le cohéritier n'avait aucun droit d'intervention au procès qui était engagé entre son consort (6).

4^o Le quatrième principe sur lequel repose la théorie classique est relatif à l'inexistence d'un régime de liquidation du passif héréditaire. C'est une dernière conséquence de l'absence de tout caractère institutionnel dans la com-

1. Windscheid-Kipp, *Pand.*, II, p. 333, note 5.

2. Von Seeler, *op. cit.*, p. 82; Windscheid, *op. cit.*, § 469 a et note 40.

3. Eisele, *Zur Lehre vom Miteigentum* (*Archiv fur die civ. Prax.* 43, p. 53).

4. Ubbelohde, *Lehre von den unteilbaren Obligationen*, p. 53.

5. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 432 et note; 2 Keller, *Litiskontestation und Urteil*, p. 368.

6. Voir cependant sur la procédure de l'*appellatio* : Cogliolo, *Eccezione di cosa giudicata*, I, p. 147.

munauté d'héritiers romaine. Celle-ci n'est, en effet, qu'un état passif qui n'a d'autre raison d'être que la répartition de l'actif héréditaire entre les ayants droit. Les biens héréditaires n'étant pas affectés au paiement des dettes, le patrimoine est réparti sans être liquidé.

Il est vrai que les obligations passives du défunt ne sont pas éteintes par le seul fait de son décès mais qu'elles se divisent, en principe (1), entre ses successeurs au prorata de leur part héréditaire. Cette division n'est qu'une conséquence logiquement nécessaire de la notion de représentation, d'abord religieuse (2), puis sociale, du défunt. Si l'héritier romain était tenu des dettes de son auteur, ce n'était pas parce qu'il avait acquis les biens de ce dernier mais parce qu'il avait été désigné par lui comme devant succéder à sa position sociale, à ses devoirs religieux et à ses obligations juridiques (3). Cette *successio in locum et in jus defuncti* était exclusive de toute conception patrimoniale et l'on comprend comment, une fois admise, elle devait entraîner nécessairement le principe de la division des obligations passives au cas de pluralité d'héritiers.

Ce principe de la division des dettes, que l'on rattache à la loi des XII tables (4), était si profondément ancré dans les mœurs (5) que le législateur byzantin qui devait orga-

1. En ce qui concerne le fonctionnement des obligations passives indivisibles, voir Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 299, note 7; Terrana, *Studio nelle obbligazioni divisibili et indivisibili*, passim.

2. Esmein. *N. R. H.*, 1887, p. 48. Girard. *Manuel*, 4^e éd., p. 886.

3. Voir, à ce sujet, les intéressantes études réunies par Bonfante dans ses *Scritti giuridici varii*, t. I et, en particulier, p. 179 s. et 251 s.

4. Voigt, *Zwölf Tafeln*, II, p. 438. Comp. : Kuntze. *Excuse*, 2^e éd., p. 142 et Gaudemet, *Etude sur le transport de dette à titre particulier*, p. 40.

5. Voir, cependant, Bonfante (*Mélanges Scialoja*, I, p. 569).

niser le bénéfice de la responsabilité *intra vires hereditatis* ne songea pas à procéder à l'achèvement naturel de sa réforme, c'est-à-dire à l'organisation d'une solidarité passive lorsque le bénéfice d'inventaire était réclamé par une pluralité d'héritiers (1).

§ 3. — *Le droit byzantin.*

Le système du droit romain classique dont nous venons d'esquisser sommairement les grands traits devait survivre à la disparition du droit romain en tant que législation positive. Nous voulons cependant indiquer le sens dans lequel il a été légèrement altéré à la fin de l'époque impériale.

Certes, la communauté d'héritiers romaine ne s'est jamais haussée à la dignité d'une institution et le droit byzantin a toujours ignoré la notion d'un patrimoine successoral indivis dont l'actif et le passif sont liés l'un à l'autre en vue d'une affectation précise et déterminée.

Toutefois, il n'est plus rigoureusement exact de dire, à l'époque justinienne, que les droits composant la succession sont absolument indépendants. Leur ensemble constitue, sinon un véritable patrimoine, tout au moins une universalité juridique. L'expression *per universitatem transire* ne signifie encore, à l'époque classique, que la simultanéité dans la transmission de plusieurs choses en

1. Endemann, *Pand.*, III, p. 469. Il faut remarquer, cependant, que les inconvénients de cette division étaient atténués par les grands pouvoirs qui appartenaient au juge de l'*act. fam. ercisc.* et qui lui permettaient de mettre le passif à la charge d'un seul des héritiers. Mais il semble bien que cette mesure ne modifiait que la contribution et non l'obligation aux dettes (Gaudemet, *op. cit.*, p. 14).

bloc, *simul* ; à l'époque byzantine, elle désigne le transfert d'un objet de droit : l'*universitas* (1).

L'on ignore encore actuellement dans quelles conditions précises s'est élaborée cette singulière conception des universalités juridiques. Sans doute, faut-il reconnaître ici une influence métaphysique de l'école juridique hellénique dont les compilateurs justiniens se sont efforcés de ranger les constructions ontologiques sous le patronage des jurisconsultes classiques à grand renfort d'interpolations (2).

De pareilles tendances conduisaient nécessairement à reconnaître dans l'indivision successorale quelque chose de différent de la somme des indivisions particulières qu'elle implique. C'est ce qui explique que l'archaïque *actio familiæ exerciscundæ* ait survécu aux procédures plus récentes et plus souples de l'*actio communi dividundo* et de l'*actio pro socio* (3).

Cette notion de masse indivise devait conduire également à élargir le contenu de l'action divisoire qui s'étend désormais aux créances et aux dettes (4). Mais en outre et surtout, l'apparition et l'extension de la *collatio* devaient introduire, avec la notion de rapport, la conception de la

1. Carlo Longo, *Sull hereditas concepita come universitas* (*St. jurid. in on. di Fadda*, p. 125) et : *La successione particolare nel diritto romano* (*Bull. d. Ist. di dir. rom.*, XIV, p. 12 et 224 et XV, p. 283) ; Bonfante, *op. cit.*, *Melanges Scialoja*, I, p. 533 s.

2. Goppert, *Über einheitlichkeiten Zusammengesetzte und Gesamtsachen nach röm. Recht* ; Bonfante, *op. cit.*, p. 577. Ce travail d'interpolation a été remarquablement mis en lumière par Longo et Bonfante.

3. A. Berger, *op. cit.*, p. 5.

4. Windscheid, *op. cit.*, III, § 608, n° 8 ; Binder, *Rechtsstellung des Erben*, III, p. 60, note 12.

nécessité d'une liquidation entre héritiers antérieurement au partage.

Si les droits des cohéritiers sur les biens communs demeuraient toujours exactement déterminés, la rigidité du système tendait à s'assouplir. Les inconvénients du partage translatif étaient atténués par une jurisprudence qui semble lui avoir attribué un véritable caractère déclaratif toutes les fois que le tiers à l'indivision ne pouvait invoquer qu'un droit de créance laissant au juge de larges pouvoirs d'appréciation. Le développement progressif du système des *prestationes personales* introduisait l'élément obligationnel au sein de l'indivision pour adoucir les frictions du fonctionnement parallèle des prétentions rivales.

Le droit byzantin résolut même de s'attaquer au *jus prohibendi* afin d'en faire disparaître les abus les plus criants.

Des travaux récents ont permis d'établir comment la règle de Sabinus qui interdisait au communiste tout acte de disposition matérielle sur la chose commune sans l'assentiment de ses consorts avait été progressivement atténuée et presque effacée du Digeste par tout un travail minutieux d'interpolations (1).

Le *jus prohibendi* avait cessé d'être un droit de justice privée et s'exprimait désormais par une procédure judiciaire. Il ne pouvait plus être exercé *ad nutum* qu'au moment même où se manifestait l'acte incriminé ; sinon, il ne pouvait plus être invoqué que pour détruire les effets d'une initiative préjudiciable à l'intérêt commun des ayants-droit.

La considération de l'intérêt collectif se substituait ainsi à celle du droit individuel.

1. Berger, *op. cit.*, p. 232; Fadda, *Consortium, collegia magistratum, communio* (*Studi in on. di Brugi*, p. 144).

Cet intérêt collectif se manifestait fréquemment par les décisions de la majorité des communistes et le *judicium communi dividundo* était devenu un moyen de droit absolument général que le communiste pouvait utiliser pour la défense de son droit avant tout partage et pendant la durée de la communauté (1).

Signalons enfin que cet interventionnisme législatif savait, le cas échéant, se faire protecteur des faibles et c'est à cette époque que nous voyons le législateur, inspiré par des considérations dont nous retrouvons aujourd'hui l'écho, organiser la défense de la petite propriété indivise contre l'avidité des *potentiores* (2).

Par ailleurs, le principe de l'indépendance radicale des cohéritiers tendait à s'atténuer et l'on avait fini par admettre entre communistes une certaine identité d'intérêts qui les obligeait quelquefois à figurer collectivement dans les rapports de procédure (3). Ce *litisconsortium* romain issu, peut-être, de l'ancienne *exceptio ad eundem iudicem mitti* s'imposait aux cohéritiers au sujet de l'action en partage et fut étendu ultérieurement aux rapports des cohéritiers avec les tiers, suivant le témoignage de Quintilien (4).

Bien plus, une constitution de 331, rapportée il est vrai en 362, n'était-elle pas venue imposer à celui qui reven-

1. Voir sur toute cette évolution : Riccobono, Della comunio del diritto quiritario alla comproprietà moderna (*Essays in legal History*, Congress of historical Studies, Londres, 1913).

2. Loi Licinia; Marcien, D. 4, 7, 12; Esmein. *Hist. du droit français*, 8^e édit., p. 27.

3. Redenti, *Pluralità di parti nell' possesso civile* (*Archivio. giur.*, 79); Castellari (*Glück's Archiv.*, XI, p. 211).

4. Quintilien. *Inst. or.*, III, 40, 1, 2; Lux, *Notwendigkeit der Streitgenossenschaft*, p. 3.

diquait un bien détenu par plusieurs d'agir collectivement contre les *consortes* sous peine de voir sa prétention repoussée non seulement par une *exceptio plurium litis-consortium* personnelle mais, en outre, par un moyen de fond qui consistait à soutenir que cette prétention était dépourvue de tout fondement réel (1).

Certes, il n'y a dans toute cette évolution que l'ébauche à peine esquissée d'une organisation juridique véritable, mais ce développement n'en est pas moins profondément significatif. Faut-il y reconnaître, ainsi qu'on l'a soutenu quelquefois, une trace de l'influence chrétienne grandissante (2) ou convient-il de n'y voir qu'une manifestation de l'interventionnisme byzantin ? Ce qui est certain, c'est qu'il est particulièrement suggestif et qu'il correspond à des préoccupations qui conservent, aujourd'hui encore, un intérêt d'actualité.

SECTION B. — LE DÉVELOPPEMENT DE LA THÉORIE CLASSIQUE

§ 1. — *Le très ancien droit français.*

Les institutions privées de la Gaule étaient approximativement celles du droit romain théodosien lorsque se produisit au ^{ve} siècle le fait des invasions barbares.

Les Barbares apportaient avec eux leur civilisation juri-

1. Lux, *op. cit.*, p. 4, note 1. Comp. Planck, *Mehrheit der Streitg.* p. 139.

2. Riccobono, *op. cit.*, p. 118, n° 78 ; Charles Boucaud, *La réglementation sociale de la copropriété dans le droit chrétien de Justinien* (*Chronique sociale de France*, XXIII, p. 21). Comp. Baviera, *Concetto e limiti dell' influenza del cristianismo nel diritto romano* (Mélanges Girard, I, p. 92) ; Bonfante, *Ist.*, p. 269.

dique qui reposait indiscutablement sur un certain collectivisme familial (1) dont il est malheureusement assez difficile de préciser l'étendue.

Faut-il en conclure, ainsi qu'on l'a fait volontiers depuis quelques années, que notre très ancien droit français connut un régime d'indivision héréditaire absolument comparable à celui que les juristes germaniques ont complaisamment célébré sous le nom de propriété en main commune (2)? Les sources que nous fournissent le droit public et le droit privé ne viennent nullement confirmer cette hypothèse.

Un fragment d'un capitulaire de l'empereur Louis II (3), que l'on invoque à l'appui de la thèse germanique, ne fait qu'attester la validité de la transmission de la quote indivise dans la mesure où il oblige le communiste de l'aliénateur à subir le partage avec l'acquéreur de la *pars* (4).

L'on tire argument, il est vrai, de la pratique des communautés de famille mais sans s'apercevoir, peut-être, de la différence radicale qui sépare une pratique sociale d'une institution juridique. La loi des Burgondes n'était-elle pas, par excellence, la loi des partages? Si les premières répartitions que les rois francs faisaient de leur domaine ne portaient généralement que sur la jouissance, ceux qui furent effectués entre les fils de Clovis, de Clotaire I^{er}, de Louis le Débonnaire étaient parfaitement définitifs. Quant

1. Esmein, *op. cit.*, p. 43.

2. Saleilles. *Personnalité juridique*, p. 165; Marc Desserteaux, *Essai d'une théorie générale de l'effet déclaratif en droit civil français*, p. 92 et 102; Masse, *Caractère juridique de la communauté entre époux*, p. 232.

3. Ansegise, IV, 18 (Boretius et Krause. *Capitularia*, ch. 136, n° 6).

4. Lefebvre, *Le droit des gens mariés*, p. 198, note 3.

au traité d'Andelot de 587, le règlement successoral particulier qu'il prévoit prouve suffisamment que s'il avait été nécessaire, dans l'espèce, d'établir un ordre particulier de transmission successorale, c'est que cet ordre n'était pas conforme au droit commun (1).

Arrivons maintenant aux sources du droit privé. Celles-ci sont assez rares en raison de l'habitude que l'on avait, aux époques mérovingienne et carolingienne, de distribuer ses biens de son vivant au fur et à mesure que les enfants se séparaient de la famille au jour de leur majorité. L'on conçoit en effet qu'une telle distribution entre vifs du patrimoine de l'ancêtre commun devait supprimer la cause de l'indivision successorale (2).

Il convient, cependant, de reconnaître que sous le nom de *consortio* ou d'*indivisio* les communautés héréditaires étaient assez répandues (3).

Or, il est remarquable de constater que l'impossibilité pour le cohéritier de disposer de sa quote sans le consentement préalable de ses consorts ne paraît avoir été prévue que par la loi des Alamans qui, plus qu'aucune autre loi barbare, avait échappé à l'influence romaine (4). Deux textes isolés de la loi des Wisigoths (5) et de la loi Gombette (6) que l'on pourrait également invoquer à

1. Lefebvre, *op. cit.* Comp. Masse, *op. cit.*, p. 274.

2. Loi Gombette, titre 51, n° 1. Edit des rois lombards, Luitprand, 113.

3. Ansegise, I, 104 (Boretius, I, 409-20); Form. St-Gall (*Zeumer*, p. 403, 25); Edict. Roth., n° 167.

4. Loi des Alamans (Lehmann, *Mon. Hist. Germ.* Coll. A, n° 85; B, n° 88).

5. Lex Wisig. Antiqu. livre 5, titre 7, loi 2 (copropriété d'un esclave).

6. Loi Gombette, 24, 5 (mère indivise avec ses enfants). Comp. Brissaud, *Hist. du droit privé*, p. 148, note 3.

l'appui de la thèse germanique ne se réfèrent, en réalité, qu'à des hypothèses exceptionnelles.

Enfin, si certaines formules (1) donnent au cohéritier la faculté de disposer des valeurs qui doivent lui revenir au jour de la liquidation, nous n'avons pu en trouver aucune qui lui interdise d'aliéner sa part fractionnaire dans la succession non partagée. Au contraire, les textes de l'époque attestent formellement que cette part est nettement individualisée (2) et qu'elle peut être librement aliénée (3).

Certes, il résulte de l'ensemble des sources que ces aliénations de quote-parts indivises ne peuvent avoir lieu que *fratrum consensu, præsentibus et assentibus consortibus* (4). Mais ces habitudes juridiques se rattachent, en réalité, à la pratique germanique des *laudationes* qui faisait dépendre la validité d'une aliénation quelconque du consentement préalable des parents de l'aliénateur (5).

Cette pratique avait survécu dans les mœurs aux capitulaires qui avaient organisé la franchise de la propriété (6); mais elle ne constituait, en aucune façon, une règle par-

1. Form. Angienses (Reichenau) (*Zeumer*, 351, lignes 13 et 15).

2. Lex Wisig. Antiq., 4, 2, 1.

3. Cartulaire Redon, ch. 164; Cart. St-Léon de Thouars (éd. Louis Imbert, nos 13 et 15); Donation de 1133, Marculf (Thévenin, n° 70); Formulaire de l'évêque Salomon III de Constance (*Zeumer*, n° 15, p. 405); Form. extrav. I, 26 (*Zeumer*, p. 549); Cart. d'Uzerche, ch. 52, 140 et 979; Chartes de Saint-Gall (*Zeumer*, n° 12, p. 404); Form. 17 de Lindenbrog (Rozière, n° 2031); Chartes de Cluny de 927 et 942 (éd. Thevenin, n° 333).

4. Cartulaire de Redon, nos 337 et 362; Livre noir de St-Florent de Saumur, nos 26 et 133; Cartulaire de St-Serge à Angers (d'Espinay, *Cartulaires angevins*, p. 250, note 1).

5. Brissaud, *op. cit.*, p. 381.

6. Auffroy, *Hist. du testament*, p. 469.

ticulière à la communauté héréditaire puisqu'elle subsistait après le partage de la succession.

En ce qui concerne le fonctionnement de la communauté, les prérogatives du frère aîné, chef de la *Sippe* (1) à la mort du père, s'atténuèrent assez rapidement pour faire place à un régime égalitaire où les décisions étaient prises à l'unanimité (2), bien qu'un texte assez équivoque ait reconnu des pouvoirs étendus à la majorité des communautaires (3). Le cohéritier jouissait d'une situation absolument indépendante et la communauté procédurale, qui paraît avoir été soupçonnée par l'ancien droit germanique, avait complètement disparu (4).

Il est donc impossible de retrouver dans les sources du très ancien droit français les traces d'un régime de propriété en main commune de l'indivision héréditaire (5). D'ailleurs, l'expression technique de main commune (*manus firmatas*) ne se rencontre que très exceptionnellement (6) dans les textes et Beaumanoir n'y fera qu'une brève allusion à propos des sociétés de commerce (7).

Le régime romain de la copropriété, comme celui de la propriété, avait traversé sans subir de sérieuses altérations la crise des invasions barbares (8).

1. Loi Gombette (éd. De Salis, *M. H. G.*, p. 52).

2. Cartulaire de Redon, n° 292 ; Concile de Tribur du 5 mai 845 (*Add. ad Cap.*, Boretius, II, 232).

3. L. Wisig. Antiq. ch. 40, titre I, loi 3.

4. L. Wisig., *eod. tit.*, loi 4.

5. Lefebvre, *op. cit.*, p. 198.

6. Form. Andeg., n° 54 (Rozière, I, 125).

7. Coutumes de Beauvoisis, éd. Salmon, ch. 21, n° 623.

8. Fustel de Coulanges, *Origines du régime féodal*. Revue des mondes, mai 1873, p. 447.

§ 2. — *Le Moyen Age.*

Ce régime juridique va se prolonger pendant tout le cours du Moyen Age. Bien que les ^x^e et ^{xii}^e siècles correspondent, dans l'histoire du droit, à une période d'obscurité et d'incertitude, les quelques documents de cette époque qui sont parvenus jusqu'à nous ne nous permettent pas de révoquer en doute la continuité de la tradition (1).

C'est ainsi que le Livre des Assises de la Cour des Bourgeois qui remonte à la seconde moitié du ^{xii}^e siècle admet implicitement le principe de la liberté d'aliénation de la quote dans la mesure où il l'écarte lorsqu'un mineur figure au nombre des cohéritiers.

Un siècle plus tard, Beaumanoir consacre le chapitre XXII de ses Coutumes de Beauvoisis aux compagnies d'héritages. Il y reconnaît sans difficulté le principe de la libre aliénation de la quote indivise et de l'exigibilité du partage *ad nutum*.

C'est la même tradition romaine que nous pouvons recueillir dans nos auteurs coutumiers (2), dans les Oïms (3) et jusque dans le très ancien droit féodal normand si conservateur, cependant, des coutumes anciennes (4).

Gardons-nous cependant d'exagérer. L'individualisme

1. Chartes de St-Germain des Prés de 1131 et 1176 (éd. Poupardin, I, p. 82, 177, 301); Brutails. *Etude sur la condition des populations rurales du Roussillon au Moyen Age*, p. 214, note 7.

2. Bouteiller, *Somme rurale*, ch. 67; Pierre de Fontaine, *Conseil à un ami*, ch. 35, n° 5.

3. *Oïms*, éd. Beugnot, I, p. 444, 708, II, p. 98^e et 99, III, p. 1179.

4. Arrêts de l'Echiq. de Norm. (Léopold-Delisle, *Rec. des jug. de l'Echiq.*, n° 770); Cartulaire de Fontenai le Marmion, n° 3; Arrêt de l'Echiquier (*arr. com.*, éd. Perrot, nos 100 et 135).

juridique romain est tempéré par les pratiques sociales. La direction chrétienne et la survivance de l'ancienne habitude des *laudationes* (1) se rencontrent pour favoriser un remarquable développement de l'esprit associacionniste à une époque où la cohésion des individus était la meilleure garantie de leur sécurité.

Le Moyen Age est l'âge d'or des communautés (2) et la famille, en particulier, apparaît alors comme une véritable institution permanente et cohérente (3). *Frérages* et *parconneries* de Flandre, *fraresches* et *pagésies* du Centre de la France, ces communautés de famille se répandent par l'Auvergne jusqu'en Languedoc et en Provence (4). Ces formes singulières de communautés héréditaires qui, en réalité, constituaient de véritables sociétés de fait se généralisent. Nous en trouvons déjà des traces dans les Assises de Jérusalem (5) et dans les Oïms (6). Mais elles se développent considérablement au cours du xiv^e siècle (7) où

1. Ces pratiques ont survécu jusqu'au xvii^e siècle. D'Espeisses (*Société*, titre 3, sect. 2, n° 216), nous apprend qu'un arrêt du Parlement de Paris du 7 février 1620 dut condamner la prétention d'un cohéritier qui voulait s'opposer à l'aliénation par son consort de sa part dans la maison commune.

2. Guildes, hanses, communautés, maîtrises, confréries, francs-maçons, etc. Luchaire, *Hist. de France* de Lavissee, t. II, livre II, p. 338; H. Sée, *Les classes rurales et le régime domanial en France au Moyen Age*. Comp. Clunet, *Les Associations*, I, p. 487.

3. Brandt, *Droits et coutumes des populations rurales de la France*; Gasquet, *Inst. polit. et soc. de l'ancienne France*, II, p. 293.

4. Brandt, *op. cit.*, p. 42; Lagrèze, *Hist. du droit dans les Pyrénées*, p. 185; Galabert, *Les mœurs en Quercy au XVe siècle*; Chassaigne, *Les communautés de famille en Auvergne*.

5. Assises de la Cour des Bourgeois, ch. 227.

6. *Op. cit.*, I, p. 647.

7. Masuer, *Practica*, titre 28, n° 46; Papon, 15, 2, 28 et les références.

nous les rencontrons, sous le nom de sociétés taisibles, dans les classes rurales françaises (1) et aussi dans ces communautés familiales de commerce des grandes cités italiennes (2), dans lesquelles l'on a prétendu quelquefois retrouver l'origine de la société en nom collectif (3).

Qu'il nous suffise de constater que l'indivision héréditaire du moyen âge n'est qu'une institution assez instable qui manifeste une tendance accusée à se compliquer de pratiques sociétaires.

Au surplus, et à la même époque, le droit féodal contribuait à masquer le fonctionnement normal de la communauté successorale. Si, en effet, les *libri Feudorum* (4) toléraient le partage du fief, les mœurs féodales étaient favorables à l'indivisibilité de la tenure (5).

Cette pratique, inaugurée par les Plantagenets (6), s'inspirait manifestement de considérations nobiliaires. Celles-ci devaient se rencontrer avec l'antique tradition germani-

1. Esmein, *op. cit.*, 10^e éd., p. 235; Desserteaux, *op. cit.*, p. 82; Masse, *op. cit.*, p. 394; Goubeaux, *op. cit.*, p. 35; Bastid, *De la fonction sociale des communautés taisibles de l'ancien droit* (thèse Paris 1916).

2. Tamassia, *Le fonti dell'editi di Rotari*, p. 15; Fr. Schupfer, *Il diritto di popoli germanici* II, p. 72 et IV, p. 36.

3. Al. Lattes, *Il diritto consuetudinario delle civitate lombarde*; Hacman, *Zur Entw. des off. Handelsgesel.* (Revue de Goldschmidt, 1911, p. 474); Max Weber (*Entwick. des Solidarhaftungsprinzips*, p. 65); Fumagelli, *Il diritto di fraterna*; Vivante, Corso, trad. franc., II, p. 431, note 3.

4. *Libri feud*, I, I, § I-IV, 77.

5. Assise au Comte Goeffroy, livre 3, ch. 13; Ass. de Jérusalem (livre de Jean d'Ibelin, ch. 75, 150, 170); Chénon, L'ancien droit dans le Morbihan, n° 24.

6. Loi de Henri 1^{er} d'Angleterre; Glanville, VII, 3; Howard, *Cout. anglo-normandes*, I, p. 340.

que qui faisait de l'ainé le représentant de la famille (1) pour aboutir au droit d'ainesse du droit anglais, des Assises de Jérusalem et des grands coutumiers normands (2).

Ce droit d'ainesse féodal devait s'incliner, cependant, devant les protestations de l'esprit égalitaire. Le parage normand devint la forme féodale de la communauté d'héritiers. Il impliquait l'existence d'une indivision juridique réelle mais occulte qui n'est pas sans analogie avec notre association en participation actuelle (3).

Ainsi donc, l'habitude des aliénations en commun, le développement des associations familiales et la règle de l'indivisibilité des fiefs constituaient, au Moyen Age, autant de pratiques juridiques qui, en se superposant à l'indivision ordinaire, en dérobaient fréquemment à nos yeux le véritable mécanisme.

Mais sous ces manifestations sociales éphémères, la tradition individualiste de la communauté romaine subsistait et elle réapparut en pleine lumière avec le déclin des pratiques médiévales.

§ 3. — *Les temps modernes.*

La fin de la guerre de cent ans marque l'apparition des temps modernes.

Les rapports fréquents entre peuples, le développement des métiers, le réveil de l'activité économique tendaient

1. Lagrèze, *op. cit.*, p. 185 ; *Etablissements de Saint Louis* (éd. Viollet, III, p. 267).

2. Esmein, *op. cit.*, 8^e éd., p. 199.

3. Genestal, *Le parage normand* ; Desserteaux, *op. cit.*, p. 84.

alors à libérer la personnalité de l'individu de sa sujétion envers les groupements naturels (1) pendant que l'affermissement de la souveraineté royale préparait la ruine de la féodalité.

C'est alors que, au seuil de la Renaissance, se produisit la résurrection du droit romain.

La théorie classique de l'indivision bénéficia du prestige qui s'attachait aux institutions juridiques romaines. Elle apparut comme l'un des chefs d'œuvre de cette *ratio scripta* dans laquelle, avec l'ardeur de néophytes, les commentateurs de l'époque voulaient reconnaître une révélation de la vérité juridique éternelle.

Touchante vénération de ces premiers interprètes qui déformaient, en les reproduisant, des formules dont ils ignoraient parfois jusqu'à la signification des termes (2) !

Les glossateurs étant humanistes, leur admiration fut plus scientifique et aussi plus agissante.

C'est l'esprit égalitaire du droit romain qui consacre la ruine du parage féodal partout où il survivait à l'ordonnance de Philippe le Bel de 1209 qui lui avait substitué la publicité des partages seigneuriaux (3). C'est la méthode scientifique des romanistes qui suscite la modification législative du système des preuves qu'exprime l'adage « lettres

1. Argou (*Inst. du droit français*, III, ch. 32); Troplong, *Société*, préface, p. LII.

2. D'après Tillard (*Des actes dissolutifs de communauté*, p. 134), des éditeurs de Britton (13^e s.) auraient travesti l'expression « *actio familiarie eriscundae* » en celle de « *accion de la mona* (mona = vidua = veuve) dame de Hercescunde » !

3. Isambert, I, 203; Charondas, sur l'art. 17 de la Cout. de Paris. Sur les indivisions nobiliaires à la fin de l'ancien régime, voir Lebrun. *Succ.*, livre II, ch. 2, sect. I, nos 99 et 103.

passent témoins » et qui va provoquer la disparition des sociétés taisibles (1).

Depuis le xvi^e siècle jusqu'à la fin de l'ancien régime, les coutumes sont muettes et nos romanistes vont avoir toute liberté pour ramener l'organisation de notre indivision successorale française au type de la *communio* des Pandectes.

Ils commencèrent par individualiser l'institution en la distinguant soigneusement du contrat de société (2). L'exégèse spécieuse des Bartolistes lui avait attribué un fondement rationnel dans l'existence d'un prétendu quasi-contrat (3). Pour le reste, il ne s'agissait plus que de reprendre en les systématisant les solutions fournies par la dialectique des jurisconsultes romains.

Au point de vue passif, l'absence d'une procédure d'individualisation de la masse héréditaire provoquait une confusion de fait entre le patrimoine successoral et celui des cosuccesseurs et entraînait une responsabilité illimitée quoique divisée. La logique romaniste se rencontrait ici avec les préoccupations morales du droit canonique (4).

Par ailleurs, les procédés imaginés par les praticiens pour remédier aux inconvénients de la division des dettes (5) n'étaient que des palliatifs empiriques inconnus de

1. Klimrath, *Etudes sur les coutumes*, p. 116.

2. Hilliger sur Doneau, *Comm.*, livre 13, ch. 15, n^o 5.

3. Vizioz, *op. cit.*, p. 180.

4. Décret. Greg. IX, 1, 3, titre 23, ch. I; Décret d'Alexandre III à l'évêque de Clermont rapporté aux *Decret. Greg. IX*, 1, 3, titre 17, ch. 5; Gibert, *Corpus juris canonici. Tractatus de contractibus*, titre 8, sec. 4, règle 9.

5. La complication des liquidations avait d'ailleurs conduit à substituer la responsabilité par part virile à la responsabilité par part héréditaire. Voir, à ce sujet, Brissaud, *op. cit.*, p. 644.

la jurisprudence des Parlements. A la vérité, le souvenir de l'ancienne solidarité familiale (1) ne laissait plus de traces que dans quelques coutumes (2) et aussi dans une reconnaissance assez générale de l'indivisibilité du gage héréditaire pendant la durée de l'indivision (3). En ce qui concerne la composition de l'actif héréditaire, l'ensemble des biens qui n'étaient pas immédiatement divisibles formaient une masse qui était susceptible de s'accroître par certains phénomènes de subrogation (4) et d'accession (5), mais surtout par les rapports pour cause de dettes ou de donations (6).

Sur les éléments de cet actif, chaque héritier possédait un droit de jouissance et d'administration (7). Ce droit était absolu en principe (8) mais les tribunaux s'efforçaient de tempérer les abus du *jus prohibendi* (9). Au

1. Mazuyer, *La solidarité des amendes*. Le moyen âge semble avoir connu une responsabilité proportionnelle à l'émolument recueilli (Beaumanoir, *op. cit.*, 6).

2. Artois, 187; Lille, 16; Hainaut, 123, 5.

3. Coutumes de Bourgogne, art. 12, ch. 7; Cassel, 226; Jurisprudence normande (Lebrun, *op. cit.*, livre 4, ch. 2, sect. I); Pothier, *Oblig.*, n° 309; Domat, I, sect. 9, nos 12 et 14; Gui Coquille, *Questions*, n° 236 et 294.

4. Brodeau, sur *Cout. de Paris de 1669*, I, p. 3; Aubépin, *Nature et effets du partage*, Rev. crit., 1861, p. 530.

5. « Fructus augent hereditatem » (Lebrun, *op. cit.*, livre 3, ch. 6, sect. 3, n° 55).

6. Le cohéritier créancier d'un rapport est préféré au créancier hypothécaire du débiteur du rapport sur le prix de licitation (Brodeau sur Louet, H, XI).

7. En Normandie, l'administration de la succession est réservée à l'aîné (art. 236 de la coutume). C'est un vestige d'une conception ancienne (*Olins*, III, p. 404, n° 17).

8. Pothier. *Société*, n° 87; Faber. *Code*, livre 3, titre 26, def. I.

9. Faber, *loc. cit.*; Pothier, *op. cit.*, n° 88; Bourjon, *Droit commun*, livre 6, titre 5, n° 7; Lebrun. Livre IV, I, 23.

surplus, les difficultés inhérentes à l'usage des biens communs étaient fréquemment évités par une pratique très répandue du partage provisionnel (1).

Dans leurs rapports réciproques, les cohéritiers étaient liés par des obligations de communauté dont Domat nous donne une liste approximative (2) et qui correspondent à peu près exactement aux *prestationes personales* du droit romain. Ces obligations apparaissent comme exceptionnelles et contraires au principe de l'indépendance mutuelle des cosuccesseurs. C'est cependant à une survivance de l'ancien esprit associationiste que l'on peut rattacher, d'une part, l'impossibilité légale du vol entre héritiers (3) et, d'autre part, cette représentation imparfaite des cosuccesseurs qui, quoique atténuée, était quelquefois invoquée au sujet de la possession indivise (4), de l'interruption de prescription (5) et de la communication par l'héritier à ses consorts des bénéfices réalisés par lui au moyen des valeurs successorales (6).

Dans leurs rapports avec les tiers, au contraire, les successeurs recouvraient l'indépendance la plus complète. La prétendue indivisibilité de la saisine (7) ne faisait pas

1. Cette pratique paraît se rattacher aux *Mutschierung* et *Oortering* germaniques (Brissaud, *op. cit.*, p. 700, note 1).

2. *Lois civiles*, livre II, titre 5, sect. 2, n° 1.

3. Jousse, *Traité de la lég. crim.*, IV, 176; Lebrun, *op. cit.*, III, 6, 3.

4. Pothier, *Succ.*, 4, 1.

5. Renusson, *Subrogation*, p. 48, note 33; Argou, *op. cit.*, I, p. 372.

6. Renusson, *op. cit.*, ch. 2, n° 8; Rousseau de Lacombe, v° *Transport*, n° 15.

7. Lebrun, *Succ.*, III, ch. 4, n° 70; Pothier, *Succ.*, 3, I, lui rattache la règle de l'accroissement. En Normandie, l'aîné seul était saisi (art. 236 de la coutume). C. f. Pesnelle, sur l'art. 237 de la Cout. de Normandie.

obstacle à l'exercice des revendications partiaires (1).

La quote-part sur les biens indivis pouvait être librement aliénée (2), sous la réserve de l'exercice des droits de retrait (3) que des pratiques de patrimonialité familiale rendaient alors assez fréquents. Sauf cette restriction, l'aliénation avait un caractère définitif et ne dépendait nullement des résultats de partage qui n'avait jamais cessé d'être considéré que comme un acte translatif de droits. Il en résultait qu'au cas de constitution d'hypothèque par l'un des co-héritiers, cette hypothèque continuait à grever le bien héréditaire pour la part du cohéritier constituant, même après que le partage en avait attribué la propriété à un autre cosuccesseur.

Les inconvénients d'un pareil régime n'apparaissent guère au Moyen Age. A cette époque, les cohéritiers pratiquaient encore fréquemment les aliénations en commun. Au surplus, l'obligation spéciale sur immeuble ne fut munie du droit de suite qu'à partir du XIII^e siècle (4) et l'hypothèque conventionnelle ne se généralisa que deux siècles plus tard. Quant aux aliénations de parts indivises, elles devaient s'effectuer dans des conditions déplorables

1. C. f. Chénon, *Les marches séparantes d'Anjou, Bretagne et Poitou*, n° 29. En droit germanique la saisine n'appartenait qu'aux majeurs mais elle avait fini par être accordée à tous les cohéritiers sans distinction. C. f. Tiraqueau, *Traité « la mort saisit le vif »* part. 2, décl. 17, n° 4.

2. L'opinion ancienne n'est plus soutenue que par Mornac (Code de comm. *rer. alien.*) et par Graverol, sur la Roche (Arrêts, VI, v° Achats, titre I, art. 6).

3. Albert Desjardins, *Rev. prat.*, 1870, p. 497; Brissaud, *op. cit.*, p. 337.

4. Sur l'absence de crédit immobilier dans les législations primitives, voir H. Planitz, *Die Vermögensvollstreckung im deutschen mittelalt. Rechts*, I, p. 64.

à une époque où les transmissions immobilières étaient elles-mêmes assez rares. D'ailleurs, les formalités relatives à ces transmissions, la nécessité d'une tradition plus ou moins matérielle ne s'adaptaient guère aux aliénations de quote-parts.

Ces circonstances nous permettent de comprendre pourquoi les inconvénients du partage romain demeurèrent à peu près inconnus jusqu'au xvi^e siècle. Mais ils apparurent alors en pleine lumière et les efforts tentés par les praticiens pour y échapper aboutirent à l'élaboration de la théorie de l'effet déclaratif du partage.

Nous n'avons pas à retracer ici l'histoire de cette fameuse théorie (1) qui s'inspira d'abord du désir de protéger les justiciables contre la fiscalité seigneuriale, et, plus tard, de considérations tirées de la sécurité du commerce juridique. Mais il est intéressant de constater comment elle a réagi sur l'organisation du régime de l'indivision.

Il est certain que nos anciens juristes n'étaient jamais parvenus à se faire une idée claire de la nature du droit indivis. Ils imaginaient volontiers que chaque quote était indissolublement liée aux autres jusqu'au jour du partage (2) où elle était isolée et *dessérée* pour employer le pittoresque langage des Assises de Jérusalem (3).

Cette analyse fantaisiste s'exprimait dans une formule à laquelle on voulait reconnaître une vertu d'explication magique : Les cohéritiers ont... *totum in toto et totum in*

1. Desserteaux, *op. cit.*

2. *Etablissements de Saint-Louis*, I, ch. 436; Coutume de Touraine, art. 125; Dumoulin, *Traité des fiefs*, glose I, n° 74; Renusson, *Subrogation*, ch. 7, n° 33.

3. Assises de la Cour des Bourgeois, ch. 49.

qualibet parte (1). Malgré la variété des expressions, les théories des anciens auteurs s'accordaient pour attribuer à la quote une existence fixe et certaine bien qu'elles hésitassent sur la nature et l'étendue qu'il convenait de lui reconnaître.

Lorsque surgit la conception nouvelle de la déclarativité, le régime de l'indivision se trouva modifié par l'éventualité des résultats du partage. C'était là une conception singulière qui devait altérer singulièrement l'analyse traditionnelle et simpliste de la copropriété.

C'est ainsi que certains auteurs furent conduits à attribuer au droit du cosuccesseur un caractère incertain et indéterminé (2). D'autres furent plus hardis et, s'avisant que les prétentions du copartageant étaient affectés d'un germe de mort qui pouvait les anéantir au jour du partage, firent appel à la notion de droit concurrent (3). Chaque des communistes ayant dans les biens communs un droit égal et complet, celui qui était attributaire de l'objet au moment de la liquidation voyait ce droit se consolider moins par un accroissement de la part des autres, ainsi que le voulait la doctrine romaniste, que par un non-décroissement, c'est-à-dire par la disparition des prétentions rivales.

L'on alla plus loin et l'on parla d'un véritable droit conditionnel sur les objets héréditaires (4), au point de refuser au cohéritier toute prétention actuelle et détermi-

1. Denizart, *vo Indivis*, n° 2.

2. Cujas, *Comm. sur la loi 17 des Quæst. de Papinien*; Pothier, *op. cit.*, n° 630; Henrys, *op. cit.*, I, livre VI, ch. V, qu. 37.

3. Hanrion du Pansey cité par Guyot, *Rép.*, *vo* Licitation, p. 545, col. 1, al. 2; Hervé, *Traité des matières féodales*, III, § 6, ch. II, 7°.

4. Louet, *op. cit.*, H, XI.

née pour ne lui accorder qu'un simple droit éventuel qui ne pouvait comporter l'hypothèque (1).

La hardiesse novatrice de ces conceptions nouvelles qui rattachaient l'effet déclaratif au caractère interne de l'indivision vint se briser contre la résistance des romanistes. Ces derniers ne pouvaient se résigner à abandonner la leçon des Pandectes. La décomposition féodale du *dominium* les avait conduits à imaginer la copropriété comme un démembrement de la propriété (2). Il leur apparaissait indispensable de conserver au droit indivis son caractère autonome et absolu malgré cette innovation du partage déclaratif que leur imposaient les praticiens. Leurs scrupules les conduisit alors à méconnaître cette réalité de l'altération profonde que suscite la déclarativité dans la structure de la copropriété. Plutôt que d'en venir à l'idée d'un droit affaibli simplement éventuel ou conditionnel, ils préférèrent conserver à la quote son caractère de droit pur et simple et, pour expliquer la rétroactivité, ils y dénoncèrent la fiction.

Cette technique déplorable que Brodeau (3) fait remonter à l'avocat général Talon fut successivement adoptée par Louet et Lebrun. C'est elle que consacrait Pothier (4) lorsqu'il prétendait que chaque héritier était censé avoir succédé seul au défunt pour tous les effets compris dans son lot. L'effet déclaratif du partage cessait d'être une conséquence nécessaire de la nature spéciale de la communauté héréditaire. Il n'était plus qu'un procédé utile

1. Denizart, *op. cit.*

2. De Vareilles-Sommières, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1905, p. 443; Rigaud, *Le droit réel*, p. 104 s.

3. Sur l'article 154 de la coutume de Paris

4. *Traité des fiefs*, n° 61.

mais arbitraire destiné à rendre compte de la déformation que l'on se refusait à constater dans l'indivision traditionnelle.

Mais on ne fait pas sa part aux fictions ! De la notion du partage déclaratif, on passa rapidement à celle du partage avec effet rétroactif au jour du décès. Dès lors, chaque héritier était censé avoir toujours possédé isolément, depuis l'ouverture de la succession, les objets qui étaient mis dans son lot au jour du partage. L'état intermédiaire d'indivision se trouvait donc rétroactivement anéanti.

Il est permis de penser que c'est de ce malentendu et de la ténacité du préjugé romaniste des derniers jurisconsultes de notre ancien droit que sont issues toutes les difficultés qui devaient, jusqu'à nos jours, encombrer la matière de l'indivision et du partage des successions.

§ 4. — *Les consécutions législatives.*

Ce fut dans les conditions que nous venons d'esquisser que s'ouvrit, avec la fin du XVIII^e siècle, la période des codifications.

Les traditions romanistes et les principes de la doctrine révolutionnaire étaient d'accord pour imposer aux législations modernes un caractère radicalement individualiste. A l'égard de l'indivision successorale, cette double influence parallèle s'est manifestée par la diffusion de l'esprit égalitaire et par l'absence d'interventionnisme législatif.

La règle de l'égalité successorale est une conquête de l'évolution historique des institutions privées mais l'on peut facilement imaginer qu'elle rencontra dans la Décla-

ration des Droits de l'Homme une justification de principe.

Le xix^e siècle devait assister à la décadence universelle des systèmes législatifs fondés sur la primogéniture et consacrer la disparition des privilèges que certains de nos anciens auteurs et la jurisprudence de nos Parlements réservaient à l'ainé des successeurs en ce qui concerne l'administration des biens indivis. Par ailleurs et aux yeux d'un législateur imbu de préceptes du libéralisme intégral, l'institution des communautés juridiques apparaissait comme une violation insupportable de cette autonomie souveraine qui doit être l'apanage de la liberté individuelle. Il convenait donc de faire disparaître au plus vite ce régime indésirable par un partage toujours exigible. Le fait est que les dernières communautés familiales ne tardèrent pas à s'évanouir.

Au surplus, l'indivision étant condamnée au nom des dogmes économiques comme une institution contraire à l'intérêt public (1), l'on comprend que le législateur n'ait pas daigné en organiser le fonctionnement. Le Code civil qui réglemente minutieusement la matière des partages et des rapports ne consacre à la communauté héréditaire que quelques dispositions accessoires. Cette absence de réglementation s'explique peut-être par la logique de l'esprit individualiste au fond duquel l'on rencontre fréquemment une croyance plus ou moins robuste dans la nécessité providentielle d'une conciliation naturelle des intérêts contraires.

De fait, le droit intermédiaire qui avait provoqué des

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, II, n^o 134; Roguin, *La règle de droit*, p. 391.

bouleversements considérables dans le système de la dévolution successorale se préoccupa fort peu des partages, si ce n'est pour détruire tout principe de distinction entre les biens nobles et les biens roturiers, entre les propres et les acquets (1). Le troisième projet de Code civil de Cambacérès du 24 Prairial an IV présentait déjà les grands traits de la réglementation actuelle. Signalons seulement qu'il brisait l'unité de la succession en deux masses mobilière et immobilière qu'il soumettait à des procédures de liquidation distinctes et séparées. Le mobilier héréditaire était affecté au paiement des dettes héréditaires et le reliquat, seul, rentrait dans la masse active (2).

Quant au projet Jacqueminot du 30 Brumaire an VIII, il ne nous intéresse que par son article 200 qui subordonnait l'opposabilité aux tiers de l'effet déclaratif à la transcription du partage sur les registres du conservateur des hypothèques (3).

Lors des travaux préparatoires du Code, l'on s'occupait fort peu de la communauté successorale dans laquelle on semble n'avoir aperçu qu'une société *sui generis* (4). Malgré quelques observations des tribunaux de Caen et de Metz (5), au nom de l'intérêt du crédit et du commerce, le principe de la division des dettes ne fut pas sérieusement contesté.

A la vérité, le Code civil n'a fait que continuer une tradition séculaire en ignorant la communauté d'héritiers

1. De Laporte, *Dictionnaire de droit et de pratique judiciaire civile*, v^o Partage, p. 479, vol. II.

2. Fenet, I, p. 273, articles 667 et 669 du projet.

3. Fenet, p. 430.

4. Fenet, I, p. 576; XIV, pp. 393, 516, 532, 549; Locré, X-XI, n^o 40.

5. Fenet, III, p. 421 et IV, p. 388.

en tant qu'institution autonome. Il se borne à régler sommairement le régime des obligations divisibles ou indivisibles au titre II du livre III. Il prévoit incidemment la réglementation de quelques droits réels indivisibles dans ses articles 709 et 710. Il passe sous silence la copropriété à laquelle il ne fait allusion que dans la disposition accessoire de l'article 2205 (1). Enfin, il ne prévoit le partage (art. 815 s.) et la licitation (art. 1686 s.) que pour leur imprimer, dans la mesure où il s'agit d'allotissement entre communistes, ce caractère rétroactivement déclaratif qu'ils avaient acquis à la fin de notre ancien droit (2).

Cette attitude législative que nous retrouvons dans le Code néerlandais de 1838 (3) et dans la législation de la Grèce contemporaine (4) ne devait cependant pas être adoptée par toutes les législations qui, à la suite de la nôtre, sont issues de la tradition classique. Certaines codifications contemporaines ont estimé avec raison qu'il ne suffit pas d'ignorer les difficultés pour les écarter. Tout en restant fidèles aux principes romains de la division automatique des dettes et de la libre aliénabilité de la quote, elles ont organisé le régime interne de la copropriété de façon à substituer à un état d'indivision inorganique un régime de communauté organisée. Cette conception qui apparaissait déjà dans le Code autrichien de 1811 (5)

1. Voir cependant pour la copropriété résultant de l'accession, art. 572 s.

2. On fait fléchir en faveur du principe jusqu'au système de l'inaliénation dotale, art. 1558, § 2.

3. Art. 628 et 1112.

4. Des décisions de 1828 et 1835 ont rendu applicable en Grèce le *Promptuarium d'Harmonopole* qui n'est qu'une compilation de droit byzantin (Fuzier-Hermann, *v^o Succ.*, n^o 376 s.).

5. §§ 550 et 825.

devait se manifester plus nettement dans les récentes législations italienne (1), espagnole (2) et monténégrine (3) de 1865, 1888 et 1889, ainsi que dans la nouvelle législation marocaine (4).

Elle a trouvé son expression la plus complète dans le code portugais qui interdit au cohéritier de disposer de sa part dans les biens communs et qui est allé jusqu'à étendre à la communauté les dispositions légales relatives à la réglementation des sociétés (5).

SECTION C. — LA SIGNIFICATION ACTUELLE

DE LA THÉORIE CLASSIQUE

Nous venons de voir comment les législations latines avaient, dans leur ensemble, recueilli la tradition romaine de la communauté d'héritiers.

Comment cette tradition est-elle comprise par ceux qui sont chargés de l'interpréter ?

Tout d'abord, une remarque s'impose. Dans le cours de cette étude, nous avons parlé et nous parlerons fréquemment de communauté d'héritiers, c'est-à-dire du phénomène juridique que les Allemands désignent sous le nom de *Erbengemeinschaft*.

Mais il faut bien comprendre que si cette expression correspond à une réalité, elle ne fait pas partie du vocabulaire juridique des nations latines.

La doctrine et la jurisprudence contemporaines ne par-

1. Art. 674.

2. Art. 392.

3. Art. 403.

4. Dahir formant code des obligations et des contrats, art. 960 s.

5. Art. 2177 et 2179.

lent jamais de communauté d'héritiers. La raison en est simple : c'est que la communauté d'héritiers n'a pas encore été intégrée en institution autonome.

Les réglementations positives de l'indivision successorale se sont, ainsi que nous le verrons, considérablement modifiées depuis vingt siècles mais les interprètes contemporains prétendent continuer à les étudier exclusivement à la lumière des catégories juridiques qu'avaient établies les compilations justiniennes.

Chose singulière, cette prétention est parfaitement juridique ! L'on peut concevoir en effet, que l'ancien droit ayant continué à rester applicable pour toutes les matières qui n'ont pas été traitées par le Code civil (1), l'indivision successorale, que le législateur de 1804 a dédaigné de réglementer, doit rester soumise aux prescriptions en vigueur à la fin de l'ancien régime, c'est-à-dire au droit romain de Justinien.

C'est ainsi qu'avec une implacable logique notre jurisprudence du début du xix^e siècle appuyait ses attendus, en notre matière, sur l'autorité de Justinien (2).

Aujourd'hui encore, malgré tout ce développement singulier de l'effet déclaratif, les traits essentiels de la tradition romaniste ont conservé le respect des interprètes de notre droit civil.

Examinons, en effet, comment les juristes contemporains conçoivent les principes généraux sur lesquels repose le phénomène de la dévolution successorale collective.

1. Aubry et Rau. *Cours de dr. civ. franç.*, I, § 14, notes 1, 4 et 5.

2. Décisions diverses rapportées au Dalloz, *Rép.*, v^o Successions, nos 1520, 1522, 1763, 1782, 1803 et 1884.

Tout comme le jurisconsulte romain, le commentateur du Code civil ignore la communauté d'héritiers car cette dernière impliquerait l'existence d'un patrimoine indivis autonome qui, dans l'espèce, est supposé ne pas exister.

En effet, le patrimoine implique une personnalité qui le supporte. Or, la personnalité juridique du défunt se divise entre les cohéritiers au prorata de leur vocation successorale respective (1). Les cohéritiers ne forment pas, par leur groupement, une personne distincte qui puisse être le sujet d'un droit. Il faut en conclure que le patrimoine du *de cujus* s'est trouvé immédiatement absorbé dans le patrimoine particulier des divers successeurs et qu'il n'existe pas en tant que masse juridique indépendante (2). La communauté d'héritiers n'est qu'une simple juxtaposition de communautés particulières (3). Faut-il s'étonner, dans ces conditions, que les interprètes, à la suite du Code civil, considèrent la cession de droits successifs comme un aspect particulier de la théorie de la vente au lieu de la rattacher au système successorale (4) ?

Les commentaires de la doctrine ont traité à l'établissement des prétentions juridiques des cohéritiers sur les valeurs héréditaires, aux rapports respectifs qui s'établissent entre les cosuccesseurs, à la liquidation du passif et à la théorie du partage.

1° En ce qui concerne le problème de l'appropriation collective, il est étudié par les interprètes sous une forme

1. Raoul de la Grasserie, *Passif des Successions*, p. 24. C. f. Lassalle, *Théorie systématique des droits acquis*, II, p. 317.

2. Capitant, *Introduction*, 3^e éd., p. 238; René Perrot, *Etude critique du problème de la licitation à un tiers*, p. 56.

3. Chironi, *Questioni*, p. 306.

4. Planiol, II, n° 1640.

fragmentaire, dans des chapitres isolés, à propos de chaque catégorie de droits différente.

C'est ainsi que le principe de la division des créances et le système de l'indivisibilité forment des sections distinctes de la théorie des obligations. Le premier n'est qu'une simple transposition des règles romaines ; le second n'est qu'un compromis entre les traditions incertaines des *Pandectes*, les commentaires obscurs de Dumoulin et les textes équivoques du Code civil. L'un et l'autre se sont développés d'une façon absolument indépendante du droit successoral.

A l'égard des droits réels, les commentaires relatifs à l'indivisibilité de l'hypothèque et des servitudes ne sont que des déductions logiquement tirées des principes abstraits qui gouvernent chacune de ces deux institutions.

Quant à la copropriété, nous avons vu qu'elle n'avait été prévue par le législateur que dans l'article 2205 qui interdit la mise en vente sur saisie de la part d'un copropriétaire dans un immeuble indivis avant partage. Aussi bien, cette disposition n'apparaît-elle généralement, aux yeux des auteurs, que comme un aspect du problème de l'exécution forcée et les commentaires dont elle est l'objet se trouvent volontiers relégués dans les traités de procédure civile. Ce texte de l'article 2205 mis à part, il faut reconnaître que le silence du Code au sujet de la copropriété a laissé le champ libre à la logique rationaliste des interprètes.

Les commentaires relatifs à la copropriété ne sont qu'un appendice à la théorie de la propriété (1). Quelle que soit l'origine de l'indivision, conventionnelle ou successorale,

1. Huc. Trad. du Code civil italien, I, p. 446.

on l'étudie *in abstracto* comme un excellent exercice de dialectique juridique autorisant les conclusions les plus opposées.

De fait, la doctrine française qui, cependant, ne s'est jamais attardée sur le sujet nous offre un exemple frappant des divergences d'opinions les plus accusées.

Certains interprètes se contentent de répéter après les glossateurs (1) que chacun des communistes a *totum in toto et in qualibet parte* et que les droits des indivisaires sont absolument confondus pendant la durée de l'indivision (2). D'autres prétendent que le droit du copropriétaire frappe chaque atome du bien commun (3) mais seulement pour la part de son titulaire ; ils affirment que ce droit qui porte sur une quote purement intellectuelle est cependant parfaitement autonome et qu'il implique l'exercice de ceux des droits inhérents à la propriété qui sont compatibles avec sa nature particulière (4).

D'autres commentateurs estiment, au contraire, que le droit de l'indivisaire porte virtuellement sur la chose entière mais qu'il est simplement resserré dans son exercice par la concurrence des droits rivaux (5). Ils vont même quelquefois jusqu'à évoquer à ce sujet l'ancienne utopie du *condominium plurium in solidum* (6).

1. Conclusions de l'Avocat général Rau, 21 mai 1893, D. 1896. I. 9.

2. Chabot, n° 1 sur l'art. 815; Duranton, *op. cit.*, VII, n° 70.

3. Marcadé, sous l'art. 815, n° 1; Mourlon, *Code civil*, II, n° 320; Ferry, *Thémis*, 1826, p. 63.

4. Aubry et Rau, *op. cit.*, II, § 221, p. 579 (5^e éd.).

5. Naquet, Caractère des actions mixtes, *N. R. H.*, 1874, p. 223, note 2; Laurent, IX, n° 282; Guénée, *De l'indivisibilité de l'acceptation d'une hérédité*; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 609, note 22; Gény, *Des droits sur les lettres missives*, I, p. 307.

6. Hanrion du Pansey, *Rep. de Jurisp.*, v° Indivis; Quéru, *Synthèse du droit réel et du droit personnel*, thèse Caen, 1903, p. 270.

Cependant, d'autres esprits, frappés du peu de vitalité de ce malingre droit de copropriété, se refusent radicalement à en faire un aspect particulier de la copropriété (1) et prétendent même parfois lui dénier le caractère de droit réel (2).

Enfin, de nombreux jurisconsultes contemporains, désireux d'échapper à la nécessité d'expliquer par une fiction la règle de la rétroactivité de l'article 883, supposent que le droit du cohéritier n'est qu'un droit conditionnel mais les uns y voient un droit présent sous condition résolutoire (3), tandis que d'autres n'y aperçoivent qu'un droit éventuel sous condition suspensive (4).

Cependant la théorie de la copropriété devait être reprise par les romanistes allemands avec un luxe prestigieux d'idéologies abstraites (5).

Les théories allemandes de la copropriété se divisent en deux groupes suivant qu'elles reposent sur le postulat de l'indivisibilité ou de la divisibilité de la propriété.

a) Les défenseurs de la théorie de la propriété indivisible se distinguent à leur tour suivant qu'ils soutiennent la thèse de l'indivisibilité absolue ou celle de l'indivisibilité relative.

Les premiers affirment que le droit de propriété est naturellement indivisible en ce qui concerne chacun de ses divers attributs.

1. Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enreg. de timbre et d'hyp.*, III, n° 2659.

2. Laurent, X, n° 212 et 393.

3. Demolombe, XVII, n° 264. Sur l'évolution de la théorie chez Aubry et Rau, voir Desserteaux, *op. cit.*, p. 281.

4. Planiol, *op. cit.*, III, n° 2379.

5. Bibliographie dans Dossmann, *Das Recht des Miteigentümers*.

Dans un pareil système, la quote-part n'exprime qu'un simple rapport de droit personnel mais alors que certains interprètes prétendent que la collectivité des propriétaires forme une véritable personne juridique (1), les autres repoussent comme inutile cette intervention de la personnalité morale pour s'en tenir à l'idée de sujet collectif (2).

Les partisans de la théorie de l'indivisibilité relative de la propriété estiment que si, dans son essence, le droit de propriété ne peut être divisé, la copropriété implique cependant nécessairement la réalité d'un certain fractionnement entre les indivisaires. Mais alors que certains d'entre eux cherchent cette division dans la valeur de l'objet indivis (*Wertteilungsteorien*) (3), d'autres affirment qu'elle s'étend à toutes les qualités matérielles de l'objet commun, c'est-à-dire à l'objet lui-même (4), de sorte que la décomposition de la chose corporelle en quote-parts donne naissance à des choses incorporelles qui sont l'objet d'un droit de propriété pour le communiste et dont le contenu épuise si bien le droit de propriété sur l'objet indivis qu'il ne reste plus rien qui soit commun entre les copropriétaires (*Sachteilungsteorien*) (5).

1. Konopack, *Inst. des röm. Privatr.*, § 206; Barth, *Grundbegr. der recht. Teilung*, p. 12.

2. Diez, *Lehre vom Miteig.*, § 1 et 2; Brinz, *Pand.*, § 134; Eisele, *zur Lehre vom Miteig.* (*Arch. für die civ. Praxis*, 63, p. 27 s.).

3. Girtanner, *Die Rechtsstellung der Sache und der Eigentumsbegriff* (*Jherings' Jahrb.*, III, p. 58); Hesse, *Beiträge zur Lehre von dem Miteig.* (*Arch. für prakt. Rechtsw. N. F.*, 4, p. 113); Steinlechner, *Das Wesen der Juriscommunio*, I, p. 109; Kohler (*Gesammelte Abhandl.*, I, n° 7, p. 167 s.).

4. Windscheid-Kipp, *Pand.*, I, § 142; Karlowa, *Rom. Rechtsgeschichte*, II, partie I, § 40; Göppert, *Beiträge zur Lehre vom Miteig.*, p. 15.

5. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, § 103, p. 48, rem. 40.

b) A ce groupe de premiers théoriciens, s'oppose celui des partisans de la propriété divisible qui affirment que la propriété en tant que concept est parfaitement divisible puisqu'elle peut être conçue comme telle.

Mais alors que certains d'entre eux prétendent que cette division réelle du droit de propriété doit entraîner une division au moins intellectuelle de la chose sur laquelle il porte (1), les autres s'en tiennent généralement à la notion de division juridique d'un droit dont l'exercice et l'objet restent essentiellement indivisibles (2) et réduisent ainsi la copropriété à n'être qu'un aspect particulier de la propriété (3).

Ce sont les mêmes incertitudes que nous retrouvons dans les constructions de la nouvelle école romaniste italienne (4). Ici encore, la théorie de la multiplicité des propriétés concurrentes (5) se heurte à celle de la propriété unique à sujet collectif (6). Aux systèmes qui accordent au copropriétaire la propriété de sa quote idéale (7), s'opposent ceux qui ne veulent reconnaître dans cette

1. Sokolowski, *Philosophie im Privatrecht*, I, p. 411; Scheurl, *Teilbarkeit als Eigenschaft von Rechten*, p. 3 et 23; Wächter, *Pandekt.*, I, p. 294.

2. Sohm, *Der Gegenstand*, § 10; Endemann, *Lehrb. des bürgerl. R.*, III, p. 443, rem. 5.

3. Dernburg, *Pand.*, I, p. 144; Joerges, *op. cit.*, p. 151; Planck, *Kommentar*, § 1008. Telle paraît être d'ailleurs l'interprétation de la jurisprudence allemande (*Entsch. des Reichsg.*, XX, 272).

4. Bibliographie dans Ramponi, *La comproprietà*.

5. Ferrini, *Manuale*, p. 444, note 2; Barassi, *Istituzioni di dir. civ.*, p. 251.

6. Manenti, *Concetto della comunio*; Brugi, *Institutionen du droit privé Justinien*, I, p. 224; Luzzatto, *La comproprietà nel diritto italiano*, p. 29.

7. Gabba, *Nuove questioni di dir. civ.*, p. 44.

quote que la mesure suivant laquelle devra s'opérer le partage (1). Il convient cependant de reconnaître que beaucoup de jeunes auteurs italiens ont une tendance assez accusée à concevoir la copropriété comme un droit *sui generis* (2).

2° En ce qui concerne les rapports juridiques qui s'établissent entre les divers cosuccesseurs, la théorie classique admet volontiers que l'acceptation simultanée d'une succession par plusieurs héritiers fait apparaître entre ces derniers des obligations spéciales de nature quasi-contratuelle telles que l'obligation au rapport et l'obligation de répartir entre eux la charge des dettes et des legs (3). Telle est la part accordée par la tradition classique à la notion d'obligation de cohérédité.

Ce n'est pas à dire cependant qu'elle prétende que le fait de la dévolution successorale collective n'engendre pas d'autres rapports obligatoires entre les cosuccesseurs, mais elle estime que ces rapports sont dépourvus de tout caractère successoral et qu'ils ne sont que l'application à l'égard des cohéritiers du droit commun des obligations.

C'est ainsi que le cohéritier qui a payé la totalité d'une dette indivisible a un recours contre ses consorts pour les forcer à supporter leur part de la dette commune. Pour une raison analogue, le cosuccesseur qui a obtenu du débiteur commun le paiement de la totalité de la créance indivisible doit en partager le profit avec ses cohéritiers.

1. Filomusi-Guelfi, *Encicl. Giurid.*, 5^e éd., p. 247 ; Barassi, note sous *Foro Ital.*, 1904, col. 1361.

2. Bonelli, *Foro Ital.*, 1904, p. 14 ; Coviello, *La quota indivisa e la sua inespropriabilità* ; Perozzi, *Saggio crit. sulla teoria della comproprietà (Il Filangieri, XV, p. 151)*.

3. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 785 ; Campbell, *Principles of English law*, éd. 1907, p. 411.

Cependant, c'est à l'occasion du fonctionnement de la copropriété que naissent le plus fréquemment des rapports obligatoires entre héritiers et c'est à ces rapports obligatoires de copropriété que la tradition classique en général et la doctrine française en particulier ont pris l'habitude de réserver la qualification d'obligations de communauté.

D'après la théorie classique, l'obligation de communauté est celle qui provient de l'indivision, c'est-à-dire de la forme romaine de la copropriété (1).

A ce titre, la communauté doit être soigneusement distinguée de l'association puisqu'elle ne constitue qu'un état passif dépourvu de toute affectation. Cette distinction a eu l'occasion d'être maintes fois précisée au sujet du régime des propriétés mises à la disposition des congrégations religieuses (2).

Profondément différente de l'association, la communauté ne doit pas être davantage confondue avec la société. L'opposition entre les deux institutions remonte au droit romain (3); elle avait été cependant quelque peu atténuée par les glossateurs (4) qui ne voyaient dans la communauté qu'une société nécessaire et cette opinion a trouvé des échos jusqu'au début du XIX^e siècle (5).

1. Guillouard, *Société*, n° 17; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 509; Troplong, *Société*, n° 28.

2. Note sous Cass., 8 avril 1906, S. 1907, I, 367; Wahl, *Définition de l'Association selon la loi du 1^{er} juillet 1901* (*Journal des Sociétés*, 1903, p. 330).

3. Inst. III, 27, 13.

4. Cujas, op. IX, col., 332; Paul de Castro, sur la loi 2, Dig. Com. Divid; Favre, *Rationalia*, eod. loco.

5. Pothier, *Société*, n° 2; Bourjon, *Droit commun*, livre III, titre 9, n° 3; Bourges, 28 juin 1823, S. 1826, II, 176; Bordeaux, 11 avril 1845, S. 1846, II, 315.

Il semble, en effet, qu'originellement la communauté et la société aient été confondues (1). Aujourd'hui encore, la différence radicale que l'on établit entre les deux institutions peut paraître artificielle. Ne peut-on pas concevoir, en effet, que constitue une société tout groupement dont le but n'est pas désintéressé alors même qu'il ne consiste pas essentiellement dans la réalisation et la distribution de bénéfices pécuniaires (2)? Au surplus, la société n'est, en réalité, qu'une communauté perfectionnée et c'est le cas de répéter avec Cujas : *communio potest esse intra societatem sed societas non potest esse intra communio-nem* (3).

Cependant, malgré la valeur de ces considérations, la théorie classique prétend maintenir entre la communauté et la société une différence de principe. Elle ne peut plus, il est vrai, établir cette différence sur le critérium de l'absence ou de l'existence d'un élément contractuel (4) puisque certaines communautés ont leur source dans la volonté des parties. Elle la fait reposer sur l'*affectus societatis* (5) qui serait l'âme de la société et qu'elle affirme rester étrangère à la communauté ordinaire.

De fait, les auteurs et la jurisprudence se sont toujours

1. Meynial, note sous S. 1892, I, 73.

2. Cass. 25 avril 1910, D. 1911, I, 473, note Nast.

3. Cujas, *op. cit.*, X. 944 ; Ramponi, *op. cit.*, p. 6 ; E. Barre, *Le Code civil et le Code allemand comparés entre eux*, § 169.

4. Pothier, *Soc*, n° 2 ; Thaller, *Traité élém. de dr. comm.* n° 239 ; Philler, *Vorlesungen über das bürgerl. Recht*, p. 171.

5. Guillouard, *op. cit.*, n° 20 ; Bonelli, *La teoria della persona giuridica*, *Riv. di dir. civ.*, II, p. 666 ; Labbé, note S. 1889, I, 196 ; Planck, *op. cit.*, § 741 ; Colin, note sous D. 1908, I, 113 ; Hémar, *Nullités des sociétés de fait*, p. 428. Comp. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 512 ; Van Biervliet, *Revue pratique du notariat belge*, p. 227, note 1.

efforcés de souligner le caractère passif de la simple communauté afin de lui conserver son aspect individualiste et l'on s'explique ainsi qu'ils se refusent obstinément à sacrifier l'intérêt particulier de l'un des copropriétaires à l'intérêt commun.

Au surplus, la théorie traditionnelle prétend que les obligations de communauté sont d'une structure excessivement simple, bien que les pandectistes allemands se soient ingéniés à les compliquer sous le prétexte d'en préciser la nature (1). Qu'il s'agisse de l'obligation de tenir compte des dépenses faites par l'un des communautaires et des fruits recueillis par l'un d'eux ou de celle de subir le partage, l'on se trouve en présence d'obligations quasi-contractuelles dont l'origine et la nature sont absolument indépendantes de la cause successorale ou autre de l'indivision. Elles n'apparaissent que comme des applications particulières de la théorie de l'enrichissement sans cause (2) ou de la gestion d'affaires (3) au fonctionnement de la copropriété.

Remarquons d'ailleurs, que sous le nom de licitation, la vente aux enchères d'un bien indivis est rattachée à la théorie des contrats spéciaux.

3° A l'égard de l'extinction des dettes successorales, la théorie classique actuelle se contente de consacrer les directives générales perpétuées par la tradition romaine. Elle ignore toute organisation d'une liquidation du passif

1. Sur la notion d'obligation de communauté conçue comme une obligation légale à caractère réel, voir Steinlechner, *op. cit.*, II, pp. 132 et 143; Brinz, *Pand.*, I, § 91.

2. Delasalle, *Essai d'une théorie générale du droit de prélèvement*, p. 62; Vizioz, *op. cit.*, p. 277 et 313.

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, IV, § 440 et note 1.

héréditaire. Reconnaissons qu'un tel résultat n'est qu'une conséquence du principe fondamental sur lequel elle repose, c'est-à-dire l'absorption automatique, au jour du décès, du patrimoine du défunt dans celui des cohéritiers.

Les dettes de l'hérédité obéissent donc au droit commun de la théorie des obligations divisibles et indivisibles.

L'application de ce principe ne soulève quelques difficultés que dans la mesure où la règle de la division des dettes est obligée de se concilier avec certains caractères indivisibles du bénéfice d'inventaire et de la séparation des patrimoines.

4° Arrivons enfin aux problèmes relatifs à la liquidation de la dévolution successorale collective.

Jusqu'à présent, le système classique avait esquivé les difficultés et résolu tous les problèmes de la cohéridité en recourant à des adaptations à la matière des successions des principes généraux relatifs au droit réel et à la théorie des obligations.

Cependant, les exigences d'une réglementation minutieuse de la liquidation vont faire nécessairement surgir l'apparition du statut successoral (1).

La matière des rapports à succession et celle du partage successoral avec les singulières complications dues à l'application du principe de l'effet rétroactif constituent l'armature essentielle de la théorie française de la cohéridité. Conception singulière qui ne trouve d'intérêt dans une institution que dans les règles par lesquelles elle s'anéantit!

Cet aboutissement est particulièrement suggestif et

1. Percerou, La liquidation du passif héréditaire en droit français. *Rev. trim. de droit civil*, 1903, p. 581.

nous révèle le véritable caractère de la théorie classique de l'indivision successorale. Cet exposé morcelé et décousu de théories juridiques sans cohésion que nous venons de retracer ne rappelle-t-il pas celui des Pandectes ? A vrai dire, faut-il même parler ici de théorie ?

Le propre de la théorie classique de la communauté d'héritiers c'est qu'elle ne constitue pas un système ordonné mais une série de réglementations isolées et autonomes.

Chacune de ces réglementations n'est d'ailleurs que la survivance d'un principe romain que l'ingéniosité des interprètes s'efforce d'accommoder le moins mal possible à la théorie de l'effet déclaratif du partage.

Telle est la logique de la tradition classique : elle ignore l'institution de la communauté d'héritiers ; elle ne connaît qu'une théorie du partage.

CHAPITRE III

Les traditions germaniques de la communauté d'héritiers.

SECTION A. — LE DÉVELOPPEMENT DE LA TRADITION GERMANIQUE

§ 1. — *Le très ancien droit germanique.*

L'ancien droit privé germanique reposait sur le collectivisme familial (1). Bien que le chef de famille (*Hausherr*) fut le maître du fonds (*Hufe*), il ne pouvait en disposer librement sans l'assentiment des membres du groupe (*Sippe*).

Ce droit de participation des enfants aux actes d'aliénation effectués par leur auteur (*Beispruchrecht*) (2) s'atténua progressivement jusqu'à se résorber en un simple droit à la réserve (*Erbenwartrecht*) (3). Toutefois, le *Hausherr*, représentant de la *Sippe*, jouissait d'un pouvoir d'administration autonome et ce n'est qu'à son décès

1. Schröder, *Rechtsgeschichte*, 5^e éd., p. 73; Lamprecht, *Deutsch Wirtschaftsleben im Mittelalter*; Colin, *Gemeinderschaft und Hausgenossenschaft* (*Zeits. für vergl. Rechtswis.*, 13, p. 53 s.).

2. Bibliographie dans Brunner, *Grunds. der deuts. Rechtsges.* § 57; Zimmerle, *Deutsche Stammgutssysteme*; Verdelot, *Le bien de famille en Allemagne*.

3. Adler, *Erbenwartrecht*, p. 3; Brünner (*Fest. f. Dernburg*, 100, p. 39). Bibliog. dans Brissaud, *op. cit.*, p. 698.

qu'apparaissait une véritable communauté patrimoniale (*Vermögensgemeinschaft*) fondée sur un principe résolument égalitaire et dont le gérant n'agissait plus en son nom propre comme l'avait fait, de son vivant, le chef de famille mais simplement en qualité de représentant de la communauté héréditaire (1).

Ces communautés constituaient ce que l'on appelle les *Ganerbschaften* (2) que l'on rencontre continuellement dans les sources du pré-moyen-âge allemand (3).

A l'exception de l'équipement militaire qui revenait à l'aîné des fils (4), des ustensiles de ménage réservés à la fille aînée (5) et du *morgengabe* de la veuve (6), elles présentaient le caractère d'une société universelle reposant sur une pratique de vie en commun et qui s'étendait aux biens acquis par chacun des participants (7). Ces communautés étaient affectées aux besoins des membres du groupe, à la dotation des filles et au paiement des dettes individuelles des communistes (8).

1. Gierke, *Erbrecht und Vicinenrecht im Edict Chilperics* (*Zeits. für R. G.*, XII); Max Huber, *Gemeinderschaften der Schweiz*. C. f. Masse, *op. cit.*, p. 14.

2. Gierke, *Deuts. Privatr.*, p. 664; Heusler, *Inst.* I, 229; Unger, *Deuts. Privatr.*, I, 330.

3. Voir les nombreuses références dans Stobbe (*Zeits. für R. G.*, IV, n° 7); Brunner, *op. cit.*, II, p. 379; Goldschmidt (*Z. H. R.*, 33, p. 347); Adler, *Abschichtungsrecht nach den ältest. bayrisch., Rechtsquellen*, 1893, p. 3; Pauli, *Abhandlungen aus dem Lüb. R.*, III, p. 40 et 88; Pappenheim, *Zeits. für H. R.*, 36, p. 99; Amira, *Nordgerm. Obl. R.*, II, p. 808.

4. Siegel, *Erbrecht*, p. 172 s.

5. Sachsenspiegel, I, 27, I; Schwabenspiegel, ch. 26.

6. Schulte, *Hist. du droit et des institutions allemandes*, p. 526.

7. Amira, *Grundriss des germ. R.*, p. 107; Lacomblet, *U. B. zur Gesch. d. Niederrh.*, I, n° 23.

8. Heusler, *op. cit.*, p. 247.

L'administration en était confiée quelquefois à l'aîné (1), quelquefois au plus jeune des frères, mais les actes d'aliénation ne pouvaient avoir lieu que *conjuncta manu* (2). Les cohéritiers ne pouvaient poursuivre ou être poursuivis qu'en commun (3) et, dans leurs rapports avec les tiers, ils assumaient la qualité de représentants mutuels (4).

Quant aux dettes du défunt, le droit primitif allemand connut originairement une responsabilité illimitée de l'héritier (5) mais cette responsabilité ne tarda pas à se limiter à la valeur des biens détenus en commun. Il n'y a là qu'une nouvelle vérification de cette loi de droit comparé qui attribue à l'histoire du droit obligationnel une origine délictuelle. L'héritier faisait tort au créancier en retenant dans la succession une valeur qui, sous forme de paiement, aurait dû figurer dans le patrimoine de ce dernier; c'est pourquoi il ne pouvait être responsable que jusqu'à concurrence des biens laissés par le défunt (6).

Ces associations, où les enfants d'un cohéritier venaient

1. Frommhold, *Grundeigentum und Erbfolge*, III, p. 48; Brentano, *Anerbenrecht und Grundeigentum*, II, p. 49.

2. Voir les formules intéressantes rapportées par Stobbe, *Zeits. für R. G.*, 4, 219. Le premier document où se lit l'expression « communis manibus » est une charte du monastère de Fulda de 824 (Lefebvre, *op. cit.*, p. 199, note I).

3. Beauchet, *Loi d'Upland*, p. 105, n° 5; Amira, *op. cit.*, I, p. 486.

4. *Loi d'Upland* (Loi des successions, ch. 24, n° 2).

5. Lewis, *Succession des Erben in den Obligationen des Erblasers*, p. 178 s.; Brunner, *Sippe und Wehrgeld*, p. 46. Comp. Schröder, *op. cit.*, p. 345, note 309; Heusler, *op. cit.*, II, 544.

6. Georg Buch, *Die Übertragbarkeit von Forderungen im deuts. mittelalt. Recht*, p. 36 et s.

prendre la place de ce dernier en vertu d'un droit d'accroissement dans lequel on a voulu voir le trait distinctif de la *gesammte Hand* (1), devaient voir augmenter rapidement leur personnel. Cette extension amenait naturellement la dissolution de la communauté au jour où les revenus du patrimoine collectif devenaient insuffisants pour pourvoir aux besoins des membres du groupe (2). Le partage alors s'imposait et s'effectuait au moyen d'une série de renonciations mutuelles (3).

De ces *Ganerbscherften* qui constituaient moins des communautés héréditaires que des associations de famille sont dérivées ces nombreuses *Gemeinderschaften* qui devaient pulluler dans la civilisation du moyen-âge allemand et dont la communauté féodale (*Gesamtbelehnung*), l'affrètement (*Erbverbrüderung*), l'indivision contractuelle, la communauté d'artisans (*Arbeitsgesellschaft*), la communauté rurale (*bauerliche Gemeinderschaft*) constituent autant de formes variées et diversifiées (4).

§ 2. — *Le moyen âge.*

L'on s'explique ainsi que la communauté héréditaire de l'époque des Miroirs (Miroir de Saxe, Miroir de Souabe, etc.) n'est, elle aussi, qu'une dégradation de l'ancienne *Ganerbschaft*. Elle apparaît au jour où se constitue un véritable droit successoral (5) qui se réalise,

1. Masse, *op. cit.*, p. 359.

2. Pollock et Maitland, *op. cit.*, II, p. 247.

3. La part devenue libre constituait le *svas* ou *seara* ou *swas-cara*, etc. Voir, à ce sujet : Heusler, *op. cit.*, I, 241.

4. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, p. 665.

5. Cette évolution se place approximativement entre les années

d'une part, par la reconnaissance d'un patrimoine autonome au profit de son titulaire, et, d'autre part, par la détermination rigoureuse de la personnalité des successeurs.

D'une part, en effet, le chef de famille vit ses pouvoirs d'administrateur s'accroître progressivement au fur et à mesure que diminuait le prestige du *Beispruchrecht* qui se transforma progressivement en un pouvoir d'autorisation préalable avant de se réduire à n'être plus qu'un simple droit à la réserve.

D'autre part, la dévolution, qui avait lieu originellement au profit de la famille toute entière, s'effectua peu à peu au profit d'héritiers déterminés. La transmission des biens cessait de reposer sur des raisons économiques de vie en commun, mais sur le fondement juridique de la parenté et du lignage (1). Dès lors, l'on commença à concevoir que l'existence séparée de l'un des descendants n'était pas incompatible avec le droit qu'il pouvait réclamer dans la succession du défunt (2).

Ce progrès fut réalisé en premier lieu, par le droit féodal. Les familles nobles de Souabe et de Franconie pratiquaient depuis longtemps les partages de jouissance et c'était devenu un adage universellement reconnu que ce partage n'entraînait pas la dissolution de la propriété en main commune (*Mutschierung bricht nicht Gesamte*

450 et 800. La représentation n'est admise que sous Childebert II. Cf. : Dultzig, *Das deutsche Grunderbrecht (Untersuchungen zur deutschen Staats und Rechtsgeschichte*, p. 37).

1. Voir, à ce sujet, la signification historique de l'édit de Chilpéric de 596 dans Gierke, *Erb. und. Vic.*, op. cit. (Z. R. G., XII, 430).

2. Endemann, *Einführung in dem Studium des B. G. B.*, p. 204.

Hand) (1). Le pas décisif vers la formation du concept d'hérédité était franchi. L'indivision héréditaire était devenue indépendante de la condition de communauté d'existence (2).

C'est ce régime successoral encore bien précaire que consacrent le Miroir de Souabe et la Bulle d'Or de 1356 (3).

Cependant, le moyen âge germanique, en favorisant le développement de la vie urbaine, devait susciter la multiplication des patrimoines particuliers. Le partage de la succession devint alors exigible dans tous les cas après l'expiration du délai de deuil de trente jours (*Dreissigle*) (4).

Ce nouveau progrès consacrait la ruine du système traditionnel en ménageant au profit de l'héritier l'existence d'une véritable quote-part distincte et individuelle (5).

Dès lors, les grands traits du système sont fixés. L'indivision héréditaire s'est substituée à l'association familiale. La communauté successorale comprend l'ensemble du patrimoine du défunt à l'exclusion du produit de l'activité personnelle des participants. Les biens qui composent ce patrimoine sont soumis à l'administration collective des intéressés et chacun de ces derniers ne peut en disposer qu'avec le consentement unanime de ses con-

1. Max Huber, *op. cit.*, p. 12; Gierke, *Deuts. Privatr.*, p. 667, note 18.

2. Schröder, *op. cit.*, p. 33.

3. Zæpf, *Deutsche Rechtsgeschichte*, III, p. 253.

4. Bibliographie dans Homeyer, *Der Dreissigle*.

5. G. Buch, *Die Übertragbarkeit von Forderungen im deuts. mittelalt. R.*, p. 37.

sorts (1). Pratiquement, le cohéritier ne peut réaliser son droit qu'en réclamant le partage (2).

La succession germanique, à la différence de la succession romaine, repose donc moins sur le principe de la continuation de la personne que sur celui d'une transmission patrimoniale (3).

Cette conception explique les caractères de la responsabilité de l'héritier pour les dettes héréditaires.

Certes, il semble que la transmissibilité passive des obligations remonte en Allemagne à une date fort ancienne bien qu'elle paraisse avoir eu pour principe original un caractère délictuel (4).

Remarquons, d'ailleurs, bien que ce point soit encore discuté (5), que les lois germaniques primitives consacraient volontiers les principes de la responsabilité illimitée de l'héritier pour les dettes successorales (6). La limitation de responsabilité du successeur ne s'est introduite que plus tard comme un moyen de faveur pour l'héritier à partir du moment où il parut abusif que le

1. Masse, *op. cit.*, p. 16.

2. Loersch und Schræder, *Urkunde zur Geschichte des deuts. Privatr.*; Prietschel, *Z. R. G.*, 35, p. 197 s.

3. Gierke, *Z. S. Stift*, 30, p. 426; Axel von Freitagh-Loringhaven, *Der Sukzessionsmodus des deutsch. Erbr.*

4. Georg Buch, *op. cit.*, p. 21 s.

5. Voir à ce sujet, Böttcher, *die Haftung von Miterben für Nachlassverbindlichkeiten* (In. Diss. Wurzbourg, 1906); Gierke, *Schuld und Haftung*, p. 92; Brunner, *Fortleben der Toten*, p. 31 et s.

6. Brunner, *Sippe und Wehrgeld*, p. 46. Voir notamment : loi des Wisigoths, livre 5, titre 6, 6. Cf. Stobbe, *Über das Eintr. des Erb. in den obligat. Rechtsverhält. des Erblas. nach deuts. R.*; Pernice, *Beisprichrecht und Universalsukzession im deutschen Recht*.

décès du débiteur puisse améliorer la situation de ses créanciers. Elle devait triompher au moyen âge et trouva son expression la plus complète dans la pratique des *Wederstadinge* du Miroir de Saxe, d'après laquelle l'exécution d'une dette ne peut être demandée contre l'héritier que si le créancier est prêt à effectuer à son profit la prestation d'une contre-valeur (1).

Cependant, la responsabilité de l'héritier s'étendit à nouveau avec le Miroir de Souabe (2) et elle redevint illimitée avec la réception du droit romain (3).

Les mêmes principes s'appliquaient naturellement au cas de pluralité d'héritiers, soit que l'on admit que les héritiers fussent tenus solidairement comme dans certaines régions du Bas-Rhin (4), soit que, plus généralement, l'on reconnut que l'obligation aux dettes devait être répartie entre eux proportionnellement à leur part successorale (5) à moins qu'ils ne se fussent rendus coupables d'une faute envers les créanciers (6). Par contre, ces derniers pouvaient poursuivre les biens indivis pour la totalité de leurs droits dans la mesure où la maxime *Der Gläubiger ist der nächste Erbe* (le créancier est le plus proche héritier) (7) n'avait pas suscité l'apparition d'un

1. Homeyer, *Sachsenspiegel*, I, p. 163.

2. § 20.

3. Cf. notamment le § 99 de l'*Öfnung des Zwinghofes zu Buzzen* de 1568 dans les *Weistümer* de Grimm, V, 761 : *welcher also ein shilling erbt, der soll auch ein pfund und mer* (qui hérite d'une livre s'endette d'un écu sinon davantage).

4. *Consuetudines Leodienses*, ch. 143.

5. Göschen, *Die Goslarischen Statuten*, 6 ; *Augsb. Stadt Recht*, 181, § 1. *Hambourg Recht* de 1270, VII, 8.

6. Stobbe, *Deuts. Privatr.*, § 221, rem. 87 ; Blüntschli, *Privatrecht*, VII, 40, n° 4.

7. Echevinage de Brunn (Roszler, *Die Stadtrechte von Brunn aus*

régime de liquidation antérieure au partage et que les cohéritiers étaient obligés de respecter sous peine de voir leur responsabilité divisée devenir solidaire (1).

Signalons enfin que ce droit de poursuite des créanciers sur la masse indivise pouvait se heurter quelquefois à l'exercice des nombreux droits de retour, prélèvement, retraits, etc... auxquels le droit allemand du moyen âge avait donné une si large extension (2).

Cette reconstitution de la communauté héréditaire germanique du moyen âge, dont nous retrouvons aisément la trace dans les législations urbaines, telles que la Blume de Magdebourg, les statuts d'Iglau et les codifications hambourgeoises, est essentiellement schématique. En fait, l'institution était recouverte par les mœurs particulières des populations rurales, les coutumes féodales et certaines pratiques de la bourgeoisie commerçante.

L'indivisibilité des tenures féodales proclamée par Frédéric Barberousse en 1158 (3) avait entraîné l'investiture collective (*Gesamtbelehnung*) avec ses cérémonies compliquées et certains phénomènes juridiques d'accroissement exorbitants du droit commun mais qui étaient néces-

dem 13 ten und 14 ten Jahrh. n° 362 ; Livre municipal de Salzweidel, § 47 (Gengler, *Deutsche Stadtrechte des Mittelalters*) ; Code de Reval de 1282, titre 282 (Bunge, *Die Quellen des Revals Stadtrechts*, 97).

1. En principe, les cohéritiers tenus de liquider avant partage sont responsables solidairement sur l'actif indivis. Cf. références dans Böttcher, *op. cit.*, p. 31. Les quelques sources qui parlent de responsabilité divisée paraissent ne se référer qu'à des questions de recours entre héritiers (Stobbe, *Über das Eintreten...*, p. 317).

2. Stobbe, *op. cit.*, p. 320, s.

3. Schulze, *Erstgeburt*, 95 s. ; Homeyer, *System des Lehnrechts*, p. 455.

sités par les exigences du service du fief. Elle fut atténuée de bonne heure par la pratique des partages de jouissance (*Mutschierungen*) (1) et la Bulle d'Or de 1356 la cantonna aux seules principautés électorales (2).

D'autre part, la grande misère de l'Allemagne rurale du moyen âge devait entretenir dans les populations paysannes des pratiques très vivaces d'association. Mais ces communautés rurales (*Bauergüter*) (3) ne tardèrent pas à perdre, comme nos sociétés taisibles, leur caractère rigoureusement familial. Elles devinrent des associations agricoles ouvertes aux étrangers. L'accroissement qui y tenait lieu (4) de succession juridique permettait d'éviter les droits féodaux de mutation. C'est ainsi que l'on s'explique qu'elles aient survécu jusqu'au début de l'époque contemporaine (5).

Enfin, il convient de rappeler que les communautés familiales ne furent pas ignorées de la bourgeoisie urbaine ; l'Allemagne du moyen âge, de même que l'Italie du XII^e siècle, a connu ces associations entre les enfants d'un commerçant décédé et qui paraissent avoir favorisé le développement de la société en nom collectif (6).

1. Schröder, *Formen des Miteigentums*, p. 35 ; Wippermann, *Die Ganerbschaften*.

2. Schulze, *op. cit.*, p. 313.

3. Heusler, *op. cit.*, I, p. 231 ; Max Huber, *Gemeinderschaften der Schweiz*.

4. Huber, *op. cit.*, p. 251.

5. Stobbe, *op. cit.*, p. 24.

6. Hertius, *Commentationum atque opusculorum* (1700), livre 3, ch. 6, sect. I, p. 171.

§ 3. — *Les temps modernes.*

Le déclin de la civilisation du moyen âge et le début des temps modernes virent se produire la décadence de l'antique société familiale germanique (1). Dès lors, la communauté successorale n'est plus qu'une forme infiniment dégradée de l'antique *Ganerbschaft*. Le droit d'accroissement et le caractère universel de l'association que les germanistes considèrent aujourd'hui comme le trait distinctif de la *Gesammte Hand* se sont évanouis.

D'un autre côté, la réception du droit romain et l'absence de systématisation de l'institution de la *Gesammte Hand* (2) précipitent, à partir, du xiv^e siècle, le rapprochement de la communauté d'héritiers germaniques de la *communio* romaine.

Sous l'influence des pandectistes, l'organisation du système successoral se précise en généralisant les notions de liberté testamentaire, de responsabilité illimitée aux dettes, d'égalité et de représentation successorales. Le droit romain s'infiltre d'abord dans les classes bourgeoises mais rencontre une sérieuse résistance dans la noblesse et dans les classes rurales.

Le droit nobiliaire, en effet, continue à être encombré de tout un système compliqué de préemptions, de majorats et de fideicommiss de famille ainsi que de renonciations contractuelles tandis que l'*Anerbenrecht* paysan parvient à se maintenir jusqu'à l'époque contemporaine.

C'est ainsi que, malgré la vague romaniste qui menaçait

1. Sur ses survivances en Allemagne du Sud et en Suisse, voir Max Huber, *op. cit.*, p. 8.

2. Meynial, *Rev. trim. Dr. Civ.*, 1903, p. 813.

de la submerger, l'antique tradition germaniste va se perpétuer au cours des siècles sous des formes effacées et amorties.

Si elle tend à s'évanouir à peu près complètement en Bavière, en Suisse et en Bohême (1), elle résiste mieux dans les législations de l'Allemagne du Nord. Dans ces dernières, il est aisé de retrouver au sein de l'indivision successorale romaine consacrée comme pratique juridique officielle des rapports personnels assez stricts entre cohéritiers ainsi que certains pouvoirs accordés à la majorité des communistes en matière d'administration qui sont manifestement des vestiges des pratiques anciennes.

Il y a plus. Dès la fin du XVIII^e siècle, quelques érudits s'avisent de reconnaître dans le *Gesamnte Hand* autre chose qu'un symbole (2) mais une véritable institution nationale et Justus Veracius lui restitue son autonomie sur le terrain du droit matrimonial (3).

Une série de jurisconsultes : Langsdorf (4), Bauer (5), Schidt (6), Hofacker (7) vont s'efforcer de lui rattacher la théorie des *Ganerbschaften*. En face de la *communio* individualiste, la règle de la nécessité d'une participation collective aux actes d'aliénation deviendra le critérium décisif de la communauté héréditaire germanique qui

1. Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 848.

2. En ce sens Zimmerle, *Stammgutssystem*, p. 95. Comp. Heusler, *Inst.*, I, 225.

3. *Libellus consuetudinum principatus Bambergensis*, titre *Communio bonorum inter conjuges*, quaest. I.

4. Dissertation sur le *condominium pro indiviso* (1732).

5. *De origine et progressu communis Saxonum manus* (1746).

6. *Princ. jur. germ.* (1758), II, 2, § 7.

7. *Princ. Jur. civ.*, II, § 609.

subsiste en Prusse, en Saxe, au Tyrol et dans quelques cantons suisses (1).

C'est dans ces conditions que s'ouvrit avec le XIX^e siècle le problème des codifications.

§ 4. — *Les codifications contemporaines.*

Deux traditions s'offraient aux législateurs allemands ; le libéralisme inorganique de la *communio* romaine et l'organisation disciplinée de la *Gesammte Hand* germanique.

L'individualisme sembla l'emporter tout d'abord. Il avait provoqué la disparition progressive de ces associations de famille (2) que l'on ne rencontre plus guère aujourd'hui qu'en Aragon (3), dans certaines régions balkaniques (4) et aussi dans la nouvelle législation suisse, mais ici avec un caractère particulier sur lequel nous reviendrons ultérieurement.

C'est la tradition individualiste qu'avaient consacrée le *Codex Maximilianeus* bavarois, la législation du pays de Bade et même le droit commun allemand (5). Dans ces

1 Gierke, *Genossenschaftsrecht*, III, p. 821, note 200; Dardel, *Les communautés de famille en France et en Suisse*, passim.

2. Les *Gemeinderschaften* allemandes ont été définitivement supprimées par le B. G. B. (Planck, *Kommentar* sur le § 310); Les *byalag* suédoises ont été abrogées par la loi du 9 août 1866 et les *gaard* norvégiennes par celle du 31 mars 1882 (Lehr, *Droit civil scandinave*, p. 61).

3. Sur le *consorcio aragones*, voir Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, p. 484.

4. Voir notamment Code monténégrin des biens de 1888 (Trad. Dareste et Rivière, p. XXIII).

5. *Seuffert's Archiv.*, XVI, p. 193 et XXII, p. 216.

diverses législations, les traits essentiels de l'indivision successorale romaine : le caractère absolu du *jus prohibendi*, la libre aliénabilité de la quote et la division automatique des dettes avaient été conservés et poussés jusqu'à leurs plus extrêmes conséquences.

Par contre, l'antique conception de la *Gesammte Hand* survécut dans certaines législations de l'Allemagne du Nord et, en particulier, dans le droit saxon et l'*Allgemeines Landrecht* prussien (1).

Or, les études historiques qui fleurissaient en Allemagne avaient familiarisé les esprits avec la notion d'affectation patrimoniale. En introduisant le relativisme au sein des études juridiques, elles avaient conduit nombre de jurisconsultes à conclure à la nécessité d'une appropriation législative de la communauté d'héritiers aux fins d'un régime organisé de liquidation du passif héréditaire.

La doctrine et la jurisprudence avaient fini par déduire de l'obscurité (2) de certaines dispositions du *Landrecht* prussien l'existence d'un droit du cosuccesseur sur la masse globale de l'hérédité en même temps que l'absence de toute prétention individuelle sur les objets particuliers. L'on en concluait que les cohéritiers ne pouvaient agir qu'en commun en ce qui concerne l'administration et l'aliénation des biens indivis (3).

C'est alors qu'on songea à grouper ces résultats positifs en les plaçant sous l'autorité du vieux principe germanique

1. *Landrecht*, I, 47, § 115 s. Pour les autres législations voir Stutzki, *Ver. des XX ten deuts. Juristentags*, I, p. 132 s.

2. Consulter, à ce sujet, Gierke, *Genossenschaftsrecht*, p. 361, note 2.

3. Göppert, *Beiträge zur Lehre vom Miteigentum nach dem preuss. Allg. Landrechts*, 1864, p. 77 s.

de la *Gesammte Hand*. Nous avons vu comment certains érudits allemands des xvii^e et xviii^e siècles avaient essayé de restaurer cette antique tradition, mais leur voix avait été couverte par le mouvement romaniste ultérieur inauguré par Hesse (1) et développé par Eichhorn (2) et Mittermaier (3). Mais cette réaction dura peu. La philosophie hégélienne et les principes de l'école historique devaient s'accorder pour exalter le nationalisme juridique. Les efforts de Beseler (4), Philipps (5), et Bluntschli (6) triomphèrent d'un retour offensif des pandectistes avec Duncker, Gerber, Rohler, Roth et Joerges et la *Gesammte Hand* ne tarda pas à être envisagée comme une institution autonome et révélatrice de la culture juridique germanique. A l'inverse de la copropriété romaine à caractère exclusivement réel, la *Gesammte Hand* apparaissait comme un rapport essentiellement personnel et comme une émanation du droit familial (7) bien qu'elle fut absolument dépourvue de tout caractère de personnalité juridique. On la considérait, à la fin du xix^e siècle comme la forme supérieure de la propriété collective.

Tel était l'état de la doctrine allemande lorsque la réglementation de la communauté d'héritiers fut abordée par les rédacteurs du *Bürgerliches Gesetzbuch*.

1. *Kursus der bisherigen Theorien von der ehelichen Gutergemeinschaft*, p. 200.

2. *Deutsches pr. R.*, § 168.

3. *Deutsches pr. R.* § 55.

4. *Lehre von den Erbverträgen*, passim.

5. *Grundsätze des germ. deuts. Privatrechts* (1838), I, § 86.

6. *Staats und Rechtsgeschichte der Stadt und Landschaft. Zürich*, I, p. 78.

7. Max Huber, *op. cit.*, pp. 2 et 45; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, I, p. 678; Masse, *op. cit.*, p. 69.

La première commission, vivement impressionnée par la logique et la simplicité de la tradition romaine, s'était contentée d'en enregistrer les traits essentiels sauf à en pallier les inconvénients en concédant des pouvoirs très étendus au juge de la succession (1).

Ce compromis souleva les protestations les plus violentes de la part de Gierke et des germanistes. Guidés par des raisons qui semblent n'avoir pas toujours été d'ordre purement scientifique, ces derniers réclamèrent la consécration par le *B. G. B.* des dispositions du *Landrecht* prussien (2). Leurs réclamations furent si véhémentes que la 2^e commission fit triompher leurs vues (3). En organisant la communauté successorale sur le principe de la copropriété en main commune profondément différenciée de la *communio* romaine (4), les rédacteurs du *B. G. B.* de 1900 ont voulu faire passer dans le droit commun de l'Empire allemand les précédents du droit prussien et assurer ainsi le triomphe de la tradition germaniste.

Cette *Gesammte Hand* héréditaire dont on a prétendu retrouver des traces dans certaines dispositions du code autrichien (5) subsistait également dans la législation de

1. Motifs, V, pp. 526 et 528.

2. Gierke, *Der Entwurf und das deutsche Recht*, p. 594; Stutzki, *op. cit.*, p. 132; Voir sur cet historique : Planck, *op. cit.*, 5^e éd., t. V, p. 246.

3. *Protokolle*, V, pp. 835 et 836.

4. La copropriété ordinaire (*Gemeinschaft nach Bruchteilen*) du *B. G. B.* n'est qu'une copropriété romaine quelque peu organisée grâce à l'introduction du principe majoritaire (Von Seeler, *Miteigentum nach dem B. G. B.*, p. 5).

5. Code civil autrichien § 550 et 825; Max Schuster Bonott, *Die Spuren des Rechtsgedanken der Gesamten Hand im öster. Allgem., bürgerl. Gesetzbuch (Festschrift zur Jahrhundertfeier des allg. bürgerl. Gesetzb., II, p. 960).*

plusieurs cantons suisses. La pratique atténuée des indivisions de famille gardait encore une réelle importance dans les cantons des Grisons et d'Argovie (1) et même à Fribourg, à Schaffouse et surtout à Zurich grâce aux efforts du jurisconsulte Blüntschli (2). Ces communautés offraient tant de diversité que les auteurs du Code Fédéral de 1912 ont voulu mettre un terme aux difficultés qu'elles soulevaient (3).

Le premier projet organisait au profit des héritiers une communauté particulière portant sur la succession elle-même considérée comme une unité globale d'actif et de passif. Le danger des actes de disposition individuelle sur les biens particuliers était écarté sans qu'il fut porté atteinte à la faculté pour l'héritier d'exercer les droits attachés à sa qualité.

Les explications éloquentes du rapporteur Eugen Huber furent favorablement accueillies à la Commission d'experts qui aperçut principalement, dans la réglementation proposée, les avantages qu'elle offrait au point de vue de la protection des intérêts des créanciers héréditaires (4). C'est ainsi que la disposition du projet, malgré une fâcheuse modification de rédaction (5), passa facilement

1. Huber, *System*, II, p. 441 et III, p. 149.

2. *Gemeinderschaft, Zusammentheilung, Verbrüderung, raffraichements, indivisions*, etc... Bibliographie dans Dardel, *op. cit.*, et dans Dubi, *Die Gemeinderschaften zur gesamten Hand im deutschen und schweizerischen Recht*. Voir aussi pour le droit successoral fribourgeois, D'Amman Weck, *Réforme sociale*, 1887, p. 462).

3. Huber, *Exposé des motifs du Code civil suisse*, III, p. 28, Comp. Rossel, II, p. 21.

4. Gottofrey et Mentha cités par Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 661 s.

5. L'article 602 du Code Civil Suisse qualifie à tort la cohéridité

dans le texte définitif. Le code fédéral organise quatre types distincts de communautés : l'indivision contractuelle, la société, la communauté conjugale et la communauté d'héritiers. Chacune d'elles a reçu une réglementation séparée bien que le code ait consacré les articles 652 à 654 à prévoir les principes généraux de la propriété collective (*Gesamteigentum*) par opposition à ceux de l'indivision (*Miteigentum*) (1). Cette superfétation apparente s'explique, d'après M. Huber (2), par la nécessité où l'on se trouvait d'insérer la *Gesamte Hand*, simple rapport de droit obligationnel, dans les dispositions relatives aux droits réels afin de lui faire produire effet à l'encontre des tiers.

Ce principe de la *Gesamte Hand*, ainsi conservé par les législations allemande et suisse, s'accompagne, dans ces mêmes législations, de l'organisation d'une liquidation du passif héréditaire.

Depuis longtemps, les jurisconsultes germaniques avaient déduit du caractère patrimonial de l'hérédité indivise le principe d'une correspondance entre l'actif et le passif successoraux. Leurs études historiques les avaient conduits à la vérification de cette loi sociologique évidente que dans un état social où les divers membres de la famille

de *Gesamteigentum* des objets héréditaires alors que le premier projet avait eu le soin de ne faire porter la *Gesamteigentum* que sur la succession globale (Escher, *Komm. zum Schw. Zivilgesetzbuch*, III, art. 602, al. 2). Sur les conséquences fâcheuses de cette rédaction au point de vue fiscal, voir *Bl. Zür. Rsp.*, 9, p. 408.

1. Lors de la rédaction, la proposition de Wieland de fonder en un seul type la copropriété et la propriété en main commune fut repoussée sur les observations de Gotlofrey et de Huber (*Travaux de la Commission d'experts*, II, p. 14).

2. Huber, *Experten Kommission*, sur l'art. 655 du projet, p. 23.

vivent isolés, la succession universelle constitue un acte d'enrichissement gratuit. Conformément au principe de justice que formule si heureusement le fameux adage : *nemo liberalis nisi liberatus*, il leur apparaissait nécessaire d'imposer aux héritiers l'obligation de procéder au règlement des dettes avant de se répartir l'actif successoral.

C'est cette conséquence qu'ont consacrée les législations allemande et suisse en prononçant contre les héritiers qui n'observaient pas les formalités de la liquidation préalable la peine de la responsabilité solidaire envers les créanciers du défunt.

C'est ainsi que, dans ces deux législations, l'institution d'un régime de *Gesammte Hand* héréditaire et l'organisation d'une liquidation du passif antérieurement au partage ont assuré le triomphe de la tradition germanique de la communauté d'héritiers.

Il convient cependant de préciser quels sont les principes scientifiques sur lesquels repose cette tradition législative.

SECTION B. — LES PRINCIPES DE LA TRADITION GERMANIQUE

§ 1. — *Les notions de patrimoine et de Gesamte Hand.*

Le principe essentiel sur lequel repose la théorie germanique est celui qui fait de l'hérédité indivise un patrimoine autonome.

Suivant la tradition romaniste, les notions de patrimoine et de personnalité sont corrélatives en ce sens qu'il n'existe point de patrimoine sans une personne qui en

soit le titulaire et point de personne juridique sans patrimoine (1).

La conception germanique procède de conceptions plus réalistes ; elle ne considère le patrimoine que comme un ensemble de biens soumis à une affectation commune (2). Cette notion germanique de patrimoine propre est essentiellement économique (3) et, à ce titre, elle est absolument indépendante du concept métaphysique de personnalité qui repose sur celui de puissance de volonté.

En effet, la puissance de volonté implique évidemment l'aptitude à exercer un droit. Mais si celui qui fait respecter un droit est généralement le même individu que celui en faveur de qui le droit doit être respecté, il peut en être distinct et c'est ce qui se produira, par exemple, dans l'hypothèse du tuteur agissant pour défendre les intérêts du pupille (4). Il s'ensuit que le droit peut exister là où peut ne pas exister une volonté de puissance. Le patrimoine doit donc être distingué de la volonté juridique ; il n'est qu'une expression commode pour désigner l'ensemble des rapports juridiques affectés à un même but (5).

Il s'agit, ici, répétons-le, d'une conception purement réaliste. Le patrimoine, considéré comme tel n'est qu'un groupement de droits particuliers et, par conséquent, ne

1. Berolzheimer, *System der Rechts und Wirtschaftsphilosophie*, IV, Philosophie des Vermögens, p. 14.

2. Arthur Mezleny, *Das Vermögen im B. G. für das deutsche Reich und im schw. Gesetzbuch* (Abhandlungen zum schw. Recht, 29^o Heft).

3. Dübi, *op. cit.*, p. 92.

4. Schwarz, *Rechtssubjekt und Rechtszweck* (Archiv für bürgerl. Recht, 32, p. 12 s. et 35, p. 10 s.).

5. Kohler, *Das Vermögen als sachenrechtliche Einheit* (Archiv für. burg. Recht, 1903, p. 13).

peut être l'objet d'un droit autonome. En effet, il n'y a de droit que sur les choses juridiques (1) et la notion de la propriété de droits est amphibologique et superfétatoire (2).

Mais les choses juridiques qui composent ce patrimoine peuvent appartenir à plusieurs titulaires. Comment se règlera alors le conflit des droits des participants sur la chose commune ?

A la vérité, l'hypothèse d'une pluralité d'objets se trouvant en relation avec une pluralité de sujets constitue une catégorie juridique très compliquée (3) sur laquelle se sont acharnées la pesante érudition et la logique abstraite des commentateurs d'Outre-Rhin (4).

La théorie germanique distingue, à ce sujet, la copropriété indivise (*Miteigentum nach Bruchteilen*) et la copropriété en main commune (*Miteigentum zur gesamten Hand*).

La première est prévue par les § 741 et 1008 du *B. G. B.* et correspond à peu près à la *communio* romaine, mais avec un rudiment d'organisation (5) qui s'exprime par la reconnaissance de certaines prérogatives de la volonté collective sur l'arbitraire individuel.

Si les droits des communistes sont séparés en théorie,

1. Von Tuhr, *Allg. Teil. des Bürgerl. Rechts* dans le *Binding's Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, § 6, p. 438 ; Binder, *Der Gegenstand* (*Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, 59, p. 24).

2. Voir cependant en ce dernier sens Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, § 104, note 21.

3. Pringsheim, *Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbanteils*, p. 5.

4. Voir bonne bibliographie dans Wirth, *Miteigentumsarten und Miteigentumsänderungen* (thèse Giessen, 1913), p. 31, note 2.

5. Voir notamment § 745 et 746 du *B. G. B.*

ils sont unis en fait dans leur exercice par les liens d'une communauté moins étroite que celle de la *Gesammte Hand* mais qui n'en est pas essentiellement différente (1).

Ce *Miteigentum nach Bruchteilen* constitue la forme normale de la copropriété germanique. En effet, les législateurs allemands et suisses n'ont introduit la *Gesammte Hand* que dans quelques institutions particulières (société, communauté conjugale, communauté continuée et communauté d'héritiers) (2). Encore est-il juste d'ajouter qu'ils se sont contentés, ce faisant, de consacrer quelques traits distinctifs d'une institution qu'ils ne nomment jamais expressément. Cette institution de la main commune qui ne s'exprime que par une image (3) constitue cependant l'une des conceptions favorites des partisans de l'école germaniste. Ces derniers, inspirés quelquefois par un nationalisme juridique agressif, y ont aperçu, comme un témoignage formel de cette culture juridique germanique qu'ils voulaient dresser en face de l'autorité du droit romain dont ils aspiraient à s'affranchir (4).

Cependant la *communio* romaine et la *Gesammte Hand* germanique constituent l'une et l'autre des formations issues de l'antique patrimonialité familiale. Mais alors qu'à Rome, la famille était représentée par le *pater familias*, elle s'incarnait chez les Germains, dans la pluralité de ses membres. Ici, elle reposait sur la solidarité tandis que là, elle était fondée sur l'autorité et la liberté. L'on

1. Binder, *Problem der juristischen Persönlichkeit*, p. 78 s.; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, p. 385.

2. § 719, 1442, 1487 et 2032 du B. G. B.

3. Eylert, *Die sachenrechtliche Natur des Anteils am Nachlassgegenstand*, p. 39 s.

4. Wirth, *op. cit.*, p. 32.

s'explique dès lors qu'il existe entre la *communio* romaine et le *Gesammte Hand* une certaine divergence de tendances. Mais gardons-nous de rien exagérer. En réalité, les deux institutions impliquent l'existence d'une certaine communauté d'activité juridique entre les participants ; cette communauté est simplement plus étroite, plus profonde et plus étendue dans la *Gesammte Hand* que dans la *communio*.

Dès lors, la *Gesammte Hand* cesse de nous apparaître comme une institution absolument autonome mais comme une image commode pour désigner certaines communautés dans lesquelles le lien qui unit les communistes est particulièrement énergique (1). Cette conception réaliste nous dispense de recourir à ces constructions mystiques de l'école de Gierke qui, en faisant planer la notion d'une volonté collective (*Gesamtwillen*) sur l'institution de la main commune, en était venue jusqu'à évoquer les âmes, l'action et les délits des êtres collectifs (2).

Il convient cependant de rechercher si cette interdépendance mutuelle des communistes au sein de la *Gesammte Hand* ne va pas jusqu'à anéantir au profit de chacun d'eux l'existence d'une quote-part idéale sur l'objet commun.

Il semble bien, en effet, que ce résultat est l'une des conséquences essentielles de la théorie de la main commune telle que nous nous la représentons en France (3). Cependant, les auteurs germaniques ne s'accordent pas

1. Wirth, *op. cit.*, p. 34 ; Pringsheim, *op. cit.*, p. 15.

2. Voir à ce sujet une critique humoristique des théories de Gierke dans Schwarz, *op. cit.*, volume 32, p. 119.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, 1^{re} éd., I, p. 763 ; Meynial, *op. cit.*, *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1903, p. 817.

sur ce point et certains d'entre eux défendent le système de l'appropriation collective divisée (*Geteilte Mitberechtigung*) tandis que d'autres adoptent la théorie de l'appropriation collective indivisée (*ungeteilte Mitberechtigung* (1).

C'est au système de l'appropriation indivisée que se rattachent, avec Gierke, les partisans de l'école germanique orthodoxe (2). D'après eux, si les communistes en *Gesammte Hand* (*Gesamthänder*) ont bien sur les objets particuliers un droit réel *sui generis*, le droit véritable et effectif qui porte sur le bien commun est absolument indivisé. Ce droit appartient non pas à une personne morale (3) mais à un sujet de droit particulier constitué par la collectivité des communistes (4).

Au contraire, les partisans de la théorie de l'appropriation collective divisée estiment que puisque le *B. G. B.* ignore les *universitates juris* comme objet d'un droit autonome et que, par ailleurs, il reconnaît le principe *dominium plurium in solidum esse non posse*, le droit sur les objets soumis à la *Gesammte Hand* ne peut appartenir qu'aux *Gesamthänder*. Comme ceux-ci ne constituent pas une personne morale, ce droit doit être nécessairement divisé entre eux. Il est vrai, peut-on dire, que la preuve de l'indétermination des quote-parts résulte de leur ina-

1. Voir un bon exposé de ces théories dans Kaufmann, *Des Eigentum am Gesellschaftsvermögen* dans les *Fischer's Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozess*, vol. 22.

2. Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, p. 375 s.

3. C'est en ce sens que l'on peut dire que la *Gesamte Hand* ne constitue pas un sujet de droit mais un rapport de droit (Gierke, *op. cit.*, I, p. 660).

4. Endemann, *Lehrbuch des B. G. B.*, 7^e éd., III, p. 476 ; Cosack, *Lehrbuch des B. R.*, 5^e éd., II, p. 442 et les références citées par Eylert, *op. cit.*, p. 17 s.

liénabilité et qu'en admettant que ces quotes ne soient pas indéterminées, elles sont, du moins, provisoirement indéterminables. A cette objection, les partisans de la théorie nouvelle répondent en alléguant que la faculté de disposition n'est pas le seul attribut d'un droit et que si la valeur des quotes est susceptible de fluctuations, il n'en reste pas moins vrai qu'elle peut être déterminée à tout moment (1).

Il convient de souligner la portée de cette nouvelle théorie germanique qui reconnaît jusque dans le *Gesammte Hand* une division de la propriété. Une telle conception implique, en effet, cette conséquence que la *Gesammte Hand* n'est qu'une forme spéciale de la copropriété ordinaire et qu'elle ne se distingue de cette dernière que par une coordination plus intime de l'action des communistes (2).

S'ensuit-il pour cela que la *Gesammte Hand* doive être considérée avec la *communio* ordinaire comme une catégorie juridique radicalement différente de la personne morale ? Telle ne paraît pas être l'opinion de nombreux juristes d'Outre-Rhin.

En effet, lorsqu'un organisme corporatif est constitué, ce n'est pas la reconnaissance par l'autorité administrative qui peut, à elle seule, lui donner la vie comme par un

1. En ce sens Joerges, *op. cit.* (Z. H. R., 49, p. 172 s.) ; Binder, *Rechtsstellung des Erben*, III, p. 12 s. ; Schm, *der Gegenstand (Festgabe für Degenkolb*, p. 60 s.) ; Voir également Von Seeler, Kipp, Dernburg, Strohal, etc. cités par Eylert, *op. cit.*, p. 19 ; C. f. pour le droit anglais, Pollock and Maitland, *History of English law*, II, p. 247, note 1.

2. L'on a même été jusqu'à nier l'existence de la *Ges. Hand* en tant qu'institution autonome. En ce sens Laband, *Beiträge zur Dogmatik der Handelsgesellschaften* (Z. H. R., 31, p. 40 s.).

coup de baguette magique en venant créer quelque chose là où il n'y avait rien auparavant. L'on commence à s'apercevoir que la personnalité juridique n'est qu'un ensemble de règles techniques.

Des théories nouvelles inspirées par un esprit nettement réaliste et désireuses de se dégager du mystère des ontologies juridiques ont ramené le problème à ses véritables proportions. Elles estiment qu'il est indifférent pour le juriste de savoir si la personnalité juridique correspond ou non à une réalité. Cette question qui peut paraître oiseuse relève du domaine de la sociologie. Quant au juriste, il se contentera de concevoir cette personnalité comme une simple expression commode pour désigner un ensemble de principes techniques destinés à régir le fonctionnement d'un groupement collectif en vue d'une fin et d'un but déterminés (1).

Dans ces conditions, l'on n'hésitera plus à ramener la corporation à la *Gesammte Hand* (2) à moins que l'on ne préfère admettre que tout groupement collectif est une personne juridique plus ou moins organisée (3).

En définitive, il n'y aurait pas une différence de nature essentielle entre la copropriété ordinaire, la *Gesammte Hand* et la personne morale.

En ce qui concerne l'exercice du droit, chacune de ces diverses catégories juridiques suppose nécessairement l'organisation d'une discipline volontaire qui, rudimentaire dans la *condominium* romain, se développe dans la

1. Voir, sur les théories de Hölder et de Binder, les observations critiques de Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 483 s.

2. Binder, *Problem*, p. 106.

3. Affolter, *Zur Lehre von dem Gesellschaftsrecht* (*Archiv für burgerl. Recht*, vol. 35, p. 225).

Gesammte Hand et s'épanouit dans la personne morale au point de faire disparaître presque complètement toute trace d'initiative individuelle.

En ce qui concerne l'appropriation du droit, ces trois institutions se différencient suivant que l'intérêt des communistes se confond ou non avec celui de l'objet commun.

Lorsque cette confusion existe, comme dans la copropriété ordinaire, l'on conçoit que l'appropriation du droit soit répartie entre ses divers titulaires. S'il en est autrement, et c'est le cas de la corporation personnifiée, il est nécessaire de sauvegarder l'affectation spéciale de l'objet commun et de recourir à un organe d'administration autonome qui soit chargé de veiller à la sauvegarde de cette affectation.

Or, les hypothèses de *Gesammte Hand* nous mettent en présence de groupements réduits où le cercle de ceux qui exercent le droit conformément à sa destination (*Zweckbesorger*) est identique à celui de ceux en faveur de qui il est exercé (*Zweckbesorgte*). C'est le développement du nombre des intéressés qui, seul, rend nécessaire dans les grands organismes (association ou société) la consécration par le législateur de ces règles techniques de protection fonctionnelle que l'on désigne du nom de personnalité juridique (1).

Ces quelques indications générales sur les notions de patrimoine et de *Gesammte Hand* d'après les conceptions germaniques vont nous permettre de comprendre les principes scientifiques sur lesquels repose l'organisation positive de la communauté d'héritiers dans les législations allemande et suisse.

1. Wirth, *op. cit.*, p. 46.

§ 2. — *Les principes scientifiques de l'organisation positive de la communauté d'héritiers.*

Essentiellement, ces principes peuvent être ramenés à trois.

1^o Le patrimoine du défunt lorsqu'il est dévolu à plusieurs héritiers constitue un ensemble de valeurs juridiques absolument indépendant. Ce patrimoine est soumis à une affectation particulière en ce sens qu'il est destiné à un but de liquidation (1).

Cela doit s'entendre, d'une part, en ce sens que la destination du patrimoine indivis consiste en premier lieu, dans l'extinction du passif héréditaire.

Cela implique, en outre, que lorsque cette première liquidation est terminée, une autre doit suivre mais qui est limitée aux rapports réciproques des cohéritiers. En effet, ces derniers peuvent être créanciers ou débiteurs pour des raisons diverses se rattachant au fait de l'ouverture de la succession et il importe que ces rapports soient réglés par un mécanisme de liquidation afin que la part héréditaire nette de chacun des cosuccesseurs dans les valeurs à partager soit exactement déterminée.

Cette double affectation à un but de liquidation entraîne cette conséquence que la communauté d'héritiers repose sur un patrimoine indépendant qui est la transition nécessaire quoique éphémère entre le patrimoine autonome qui appartenait au défunt et les divers allotissements destinés à s'absorber dans les patrimoines respectifs des cohéritiers.

1. Ernest Barre, *Le Code civil et le Code allemand comparés entre eux*, § 469.

2° Le patrimoine héréditaire se trouve être l'objet d'une communauté organisée suivant les principes de la *Gesammte Hand*. C'est précisément parce qu'il est soumis à une affectation distincte de l'intérêt particulier des cohéritiers que le législateur germanique a introduit ici les principes de la propriété en main commune (1).

Il convient cependant de bien s'entendre.

Dans notre matière, pas plus qu'ailleurs, le *B. G. B.* n'a recouru à l'expression technique de *Gesammte Hand*. S'il a consacré quelques principes de l'institution, il est manifeste que ses rédacteurs n'ont été inspirés que par des considérations utilitaires et qu'ils étaient guidés par des résultats pratiques à réaliser (2).

Dans l'état actuel des droits allemand et suisse, le cohéritier se trouve être titulaire de trois catégories de droits différentes.

a) En premier lieu, il a droit à une quote-part héréditaire (*Erbteil*) c'est-à-dire à une part de coopération dans la communauté successorale. Il s'agit ici d'une prérogative dont le caractère est nettement corporatif (*Mitgliedschaftsrecht*) et, par conséquent, purement personnelle de sorte qu'elle repose exclusivement sur la vocation héréditaire de son titulaire et que, à ce titre, elle est absolument indépendante de tout élément patrimonial. Elle ne saurait donc être confondue avec la quote-part sur l'hérédité globale (3).

C'est à cette prérogative personnelle qu'il faut rattacher la faculté pour le cohéritier de participer aux mesures

1. Von Tuhr, *op. cit.*, p. 356, § 20, VII.

2. Binder, *Rechtsstellung des Erben*, p. 36. *Protokoll*, V. p. 838.

3. Voir, cependant, Dernburg, V. p. 441; Kress, *Die Erbengemeinschaft nach dem B. G. B.*, p. 175

d'administration ou d'aliénation collectives mais aussi sa responsabilité pour les dettes héréditaires.

b) Le cohéritier possède en outre une part du patrimoine commun considéré comme universalité (*Anteil am Nachlass*). Bien que certains commentateurs du *B. G. B.* aient prétendu ne voir dans cette part qu'un simple droit éventuel et la réduire à une fraction du produit net de la liquidation (*Auseinandersetzungsquote*) (1), la quasi unanimité des civilistes allemands estime, au contraire, que ce droit est parfaitement déterminé et qu'il se mesure exactement sur la vocation héréditaire de son titulaire (2).

Cette détermination théorique de la quote-part d'hérédité n'empêche pas cependant que celle-ci puisse subir des variations de valeur plus ou moins grandes. Les jurisconsultes distinguent à ce sujet entre la quote-part nominale et la quote-part réelle (*nomineller oder reeller Anteil*). La première des deux quotes reste invariable et se mesure exactement sur l'*Erbteil*; quant à la seconde, elle est soumise aux diverses fluctuations de la communauté. C'est ainsi que l'on peut concevoir que la quote-part d'un héritier puisse être, en fait, réduite à néant lorsqu'elle se trouve complètement absorbée par l'effet d'un rapport (3). Les jurisconsultes d'Outre-Rhin parlent volontiers à ce sujet d'un état incertain (*Schwebezustand*) qui n'est pas sans analogie avec celui qui précède la réalisation d'une condition.

Quoiqu'il en puisse être de ces discussions sur la

1. En ce sens Wendt, *Verfügung über Erbschaftsanteile* (*Archiv für die civ. Praxis*, vol. 89, p. 420 s.); Staudinger, *Kommentar zum B. G. B.*, V., 2^e éd., p. 305.

2. Voir références dans Eylert, *op. cit.*, p. 52, note 20.

3. Binder, *op. cit.*, III, p. 178; Strohal, *op. cit.*, I, p. 77 s.

nature juridique de la quote-part d'hérédité, il est certain que cette quote est parfaitement aliénable (1) alors que, dans la société ou dans la communauté conjugale, le communiste ne peut disposer de sa part dans la communauté. En réalité, cette faculté constitue une grave dérogation aux principes de la *Gesammte Hand* mais qui s'explique par des considérations utilitaires. En effet, la communauté d'héritiers n'a pas de durée fixe comme la société et elle est dépourvue du caractère personnel qui s'attache à la communauté conjugale. Dans ces conditions, l'on s'explique que le législateur allemand ait voulu accorder au cohéritier le pouvoir de tirer de sa part héréditaire un moyen de crédit sans attendre le moment du partage. L'on diminue ainsi les froissements qui son inhérents au fonctionnement d'une communauté forcée (2).

c) Enfin, les cohéritiers sont attributaires d'une quote-part des objets héréditaires mais avec cette particularité qu'il leur est interdit d'en disposer. En réalité, c'est à cette interdiction que se réduit l'extension à la communauté d'héritiers des principes de la *Gesammte Hand*. Nous avons vu, en effet, que ces principes ne sont nullement incompatibles avec l'existence de quote-parts sur les biens communs et que la théorie de l'appropriation collective divisée (*Geteilte Mitberechtigung*) est parfaitement conciliable avec celle de la propriété en main commune. Il faut reconnaître, au surplus, malgré les arguments de certains interprètes (3), que l'existence de cette quote sur les biens particuliers paraît, tout au moins en droit alle-

1. § 2033 du B. G. B.

2. *Protokoll*, V, p. 838.

3. Leonhard, *Erbrecht*, 2^e éd., p. 170; Endemann, *Lehrbuch*, III, p. 479, note 9.

mand, avoir été consacrée par le législateur puisque le § 2033 du *B. G. B.*, en interdisant au cohéritier de disposer de sa part sur les objets héréditaires, en a implicitement reconnu l'existence (1).

Notons, d'ailleurs, que ce régime de *Gesammte Hand* ne se restreint pas aux objets corporels. Le droit romain en imaginant le système de l'obligation corréale avait laissé toute autonomie aux *correi* qui ne se trouvaient en aucune façon en état de communauté juridique (2).

Le droit germanique conçoit, au contraire, à côté de l'obligation solidaire l'obligation en main commune où les cocréanciers et les codébiteurs sont dans un rapport de communauté juridique et ne peuvent poursuivre ou être poursuivis qu'en commun et pour le montant total de l'obligation.

Cette institution, que l'on a essayé quelquefois de confondre avec la solidarité (3), paraît, au contraire, affecter un caractère original (4).

Eclosée dans le cadre de la solidarité familiale germanique (5), elle présentait originairement un caractère contractuel et se réalisait au moyen de l'accomplissement de certaines cérémonies symboliques (6). Elle fut recueillie

1. Hellwig, *Wesen und subjektive Bedeutung der Rechtskraft* p. 208, rem. 19; Staudinger, *op. cit.*, V, p. 306; Dernbürg, 3^e éd., V, p. 309 rem. 7; Binder, *Problem*, § 7, p. 80.

2. Josef Unger, *Passive Korrealität und Solidarität im römischen und heutigen Recht* (*Jahrb. für die Dogm.* 22, p. 291); Gierke, *Archiv. für bürgerl. Recht*, 19, p. 114 s.

3. Unger, *op. cit.*, p. 207; Von Schey, *Die obligationenverhältnisse des österr. allgem. Privatrechts*.

4. Stobbe, *Die Bürgschaft nach gemeinen Zivilrechts*; Kuntze, *Die Lehre von den Inhaberpapieren*; Dubi, *op. cit.*, p. 43.

5. Amira, *op. cit.*, II, 104 et 212, § 21.

6. Dubi, *op. cit.*, p. 46.

par l'*Allgemeines Landrecht* prussien grâce à une erreur d'interprétation des principes de la corréalité romaine. Le Code autrichien lui fit une certaine place dans ses §§ 891 et 1302 dans la mesure où il consacra la notion d'un rapport d'obligation complexe qui s'extériorise en corréalité à l'égard des tiers mais qui est régi intérieurement par les principes de la main commune (1). Enfin, le *B. G. B.* allemand a sanctionné formellement l'institution en construisant, sur ses principes, un système particulier d'obligation indivisible à caractère communautaire profondément distincte de l'obligation solidaire qui respecte l'autonomie des coobligés (2).

3° En ce qui concerne les règles qui président à l'extinction du passif héréditaire, elles ne sont nullement des conséquences du principe de la propriété en main commune. Ce sont au contraire les règles de la *Gesammte Hand* qui apparaissent comme de simples procédés techniques destinés à réaliser une certaine conception scientifique de la liquidation collective des dettes successrales.

La communauté d'héritiers germanique est une communauté d'affectation. Son actif est destiné, en premier lieu, à éteindre le passif successoral du défunt et cette affectation se traduit pratiquement par l'obligation qui incombe aux cohéritiers de liquider avant partage.

Il résulte de ces principes généraux quelques consé-

1. Von Schey, *op. cit.*, I, p. 620 s. ; Dübi, p. 60. Voir également pour l'interprétation du § 935 de l'ancien code de Zürich les intéressantes explications de Blüntschi dans la *Kritische Ueberschau*, 6, p. 225 et 236.

2. § 428 et 432. C'est la distinction de la *Gesamtschuld* et de la *Gesamthand Schuld*.

quences essentielles et que nous ne faisons provisoirement qu'esquisser.

a) La reconnaissance de l'existence d'un passif successoral se traduit par ce fait que ce passif est absolument distinct du passif personnel des cohéritiers. Le cosuccesseur n'ayant aucun droit de disposition sur les objets particuliers, ses créanciers personnels ne peuvent avoir plus de droit que leur auteur et se trouvent dans l'impossibilité de saisir les biens communs avant partage. Cette faculté est réservée aux seuls créanciers successoraux.

b) Pour assurer ce droit de poursuite des créanciers successoraux, les cohéritiers sont responsables solidairement sur les objets indivis et pour leur part héréditaire sur la quote-part successorale de chacun d'eux.

c) Bien que les cohéritiers puissent être poursuivis par les créanciers agissant isolément, il n'en reste pas moins qu'ils sont tenus de procéder avant partage à une liquidation collective des dettes héréditaires. La violation de cette obligation est sanctionnée par l'établissement à leur charge d'une responsabilité solidaire dans l'exécution des dettes successorales et qui survit au partage.

CHAPITRE III

Les traditions anglo-saxonnes de la communauté d'héritiers.

La communauté d'héritiers anglaise, de même que la plupart des institutions anglo-saxonnes, a fait l'objet d'un développement historique absolument autonome.

L'un des faits les plus saillants de l'organisation du droit privé anglais est l'ignorance de la notion de patrimoine (1). Le principe posé par l'article 732 de notre Code Civil est absolument inconnu des coutumes britanniques qui règlent l'ordre de succession suivant la nature ou l'origine des biens. C'est pourquoi la succession immobilière (*law of descent*) est régie en Angleterre par des principes absolument différents de ceux qui gouvernent la succession mobilière (*law of distribution*) (2).

Les historiens d'Outre-Manche admettent comme un fait historique indiscutable l'existence d'une communauté familiale primitive (3). A la fin du XI^e siècle, au temps du *Domesday Book* de 1086, le droit du père de famille

1. Pollock and Maitland, *History*, II, p. 256; Escarra, *La succession aux biens réels dans les coutumes anglo-normandes*, p. 120.

2. Joshua Williams, *Principles of the law of the personal property*, *Principles of the law of real property*; Holdsworth and Vickers, *The law of succession*.

3. Pollock and Maitland, *op. cit.*, p. 244; Louis Brentano, *Evolution du droit successoral anglais dans la propriété foncière*, p. 2.

n'avait pas encore acquis une puissance suffisante pour s'opposer aux demandes de partage réclamé par les fils. Cependant cette pratique n'était pas générale et les sources de l'époque nous montrent les *thanes* vivant ensemble sur un même fonds *sub seniore fratre* (1).

Ce fut le régime féodal qui, en s'installant en Angleterre à la suite des barons normands, devait donner à la succession anglaise sa physionomie véritable en instituant l'indivisibilité du fief.

Ce régime fut pratiqué d'une façon plus rigoureuse que partout ailleurs. La parage ne semble pas avoir été très répandu (2). Au contraire, deux statuts de 1265 et de 1290 vinrent consacrer le principe de la primogéniture en matière de succession immobilière (3).

Ce n'est pas à dire que la communauté ait été ignorée du droit médiéval anglais. Celui-ci connaissait quatre types différents de communauté qui ont, d'ailleurs, persisté jusqu'à nos jours (4) : la *tenancy by entirety* qui constituait la communauté conjugale, le *joint tenancy* qui correspondait à la *Ganerbschaft* germanique avec son droit caractéristique d'accroissement (*right of survivorship*), la *tenancy in common* qui était une véritable indivision romaine et enfin le *coparcenary* qui réalisait le type de l'indivision héréditaire.

1. Pollock and Maitland, *Domesday Book*, 145.

2. Pollock and Maitland, *op. cit.*, II, 275 ; C. f. Escarra, *op. cit.*, p. 115.

3. Loi « de donis conditionalibus » de 1265 et statut « quia emptores » de 1290 (Brentano, *op. cit.*, p. 7).

4. Campbell, *Principles of English Law* ; Salmond, *Jurisprudence*, p. 276 ; Lord Lindley, *Treatise on the law of partnership*, p. 52 ; Goodeve, *Modern law of personal property*, p. 10.

La *coparcenary* (1) avait ceci de commun avec la *joint tenancy* qu'elle possédait ce que les juristes anglais appellent les trois unités : unité de possession, car chacun y possédait *per my et per tout*, unité d'intérêt, puisque chaque communiste avait un droit identique à celui de son voisin et enfin unité de titre puisque le droit des *coparceners* dérivait d'un même fait qui, dans l'espèce, était l'ouverture de la succession. Elle s'en distinguait cependant en ce sens qu'elle abandonna rapidement le principe de l'accroissement (2) et qu'elle pouvait toujours être dissoute lorsque le partage était réclamé par l'un des intéressés. Le partage qui, originairement, devait être effectué devant un magistrat de la *Court of Chancery* (*writ of partition*) put rapidement s'opérer par l'effet d'un simple consentement mutuel à la suite d'un statut de Guillaume IV (3). Chaque héritier recevait la libre propriété des biens qui lui étaient destinés (*entirety*).

Cette *coparcenary* se manifestait, à défaut de la règle de la promogéniture, lorsque le défunt était mort, sans héritiers mâles ; elle s'étendait à la succession toute entière sauf au manoir qui était indivisible et qui était attribué à la fille aînée contre paiement d'une soulte (4).

C'était également une sorte de *coparcenary* que ce *gavelkind* ou *socage* (5) originaire du comté de Kent, survivance probable d'anciennes coutumes saxonnes et qui devait s'étendre rapidement dans l'Angleterre méridionale.

1. Matthew Bawn, *New abridgments of the law*, v^o Coparceners.

2. Pollock and Maitland, *op. cit.*, II, 316.

3. St. 3 et 4, Will. 4, ch. 27 et 36.

4. Pollock and Maitland, *op. cit.*, II, 275.

5. Robinson, *on Gavelkind*, 51, 94 ; Joshua Williams, *op. cit.*, p. 119 ; Pollock and Maitland, *op. cit.*, p. 271.

Cette institution ignorait le droit d'aînesse mais accordait à chaque héritier sur la tenure héréditaire une part fractionnaire dont il pouvait disposer par inféodation dès l'âge de 15 ans, lorsqu'il s'agissait, du moins, d'un franc-tènement (*free hold*).

Au surplus, le mouvement philosophique du XVIII^e siècle (Harrington, Blackstone, Gibbon, Adam Smith) et le développement d'une bourgeoisie sans cesse plus puissante devaient se dresser avec énergie contre le principe des successions nobiliaires. Le *Settled Land Act* de 1882-1884 libéra la terre des substitutions fidécommissaires et le gouvernement obtint même du Parlement en 1889 et en 1893 des déclarations favorables à l'égalité héréditaire qui, si elles n'ont pas encore acquis force de droit positif, n'en sont pas moins significatives (1). A l'heure actuelle, c'est en recourant au testament avec désignation d'exécuteur testamentaire saisi (*trustee*) que l'on s'efforce d'acclimater en Angleterre l'égalité dans la dévolution des biens fonds.

A l'égard des meubles, au contraire, il n'existait pas de forme spéciale de copropriété héréditaire (2) mais aussi pas de privilège de masculinité et de promogéniture. L'indivision mobilière se présentait comme une *tenancy in common*, absolument comparable à la *communio* romaine.

Ce double régime devait disparaître à la suite des efforts tentés et réalisés par les jurisconsultes anglais pour organiser une liquidation rationnelle du passif héréditaire. Cette liquidation s'imposait à partir du jour où l'on voulut écarter les inconvénients de la règle traditionnelle qui

1. Brentano, *op. cit.*, p. 23 à 25.

2. Coke, sur Littleton, 482 a,

n'imposait au cohéritier qu'une responsabilité divisée dans la responsabilité du passif successoral dont la valeur dépassait celle de l'actif mobilier (1).

Des *Acts* de Charles II et de Jacques II (2) connus sous le nom de *statutes of distribution* se proposèrent de remédier à ce fractionnement en confiant le soin de la liquidation à un agent spécial qui pouvait être un exécuteur testamentaire désigné par le défunt ou, à son défaut, un administrateur commis par justice. Les pouvoirs de ce liquidateur furent d'abord limités à l'actif mobilier mais le *Land Transfer Act* de 1893 complété en 1898 étendit la procédure de distribution à la partie immobilière des successions (3). C'est cette procédure énergique qui a été adoptée par la plupart des législations des Etats-Unis.

C'est ainsi qu'en dessaisissant les cosuccesseurs de leurs droits sur l'actif mobilier du défunt, puis en étendant cette mesure aux immeubles de l'hérédité et en plaçant l'administration de la succession globale entre les mains d'un agent chargé de la liquider et de ne distribuer aux ayants droit que l'actif net, les législations anglo-saxonnes ignorent désormais le problème législatif de la communauté d'héritiers.

1. Glanville, livre 7, ch. 8.

2. 22 et 23, Car II, 40 § 4 : Jac. II, ch. 47 § 7.

3. 60-61, Vict., c. 25 ; Fornas, thèse Lyon 1903, *Rôle de l'exécuteur testamentaire et de l'administrateur de la succession en Angleterre*.

DEUXIÈME PARTIE

LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS EN DROIT POSITIF COMPARÉ

Les développements qui précèdent ont été consacrés à l'étude des traditions sur lesquelles reposent les diverses réglementations positives de la communauté d'héritiers. Ces traditions trouvent leur expression dans des formules souvent assez rigides, aux contours nettement précisés.

Il convient désormais d'examiner comment ces principes ont été mis en œuvre et comment ils ont été assouplis par les diverses autorités qui étaient chargées de les introduire dans le domaine des réalités concrètes.

C'est à ce point de vue que nous étudierons successivement : 1° les éléments constitutifs de la communauté d'héritiers; 2° les droits subjectifs des cohéritiers; 3° les rapports réciproques entre héritiers; 4° les relations des cohéritiers avec les tiers; 5° la cessation de la communauté d'héritiers.

TITRE I

LES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS

La communauté d'héritiers suppose l'existence d'une pluralité d'ayants droits à titre universel sur un actif successoral non partagé. Ses éléments comprennent donc à la fois des sujets et des objets qu'il convient d'étudier successivement.

CHAPITRE PREMIER

Les sujets de la communauté d'héritiers.

Dans la mesure où la communauté d'héritiers implique l'existence d'une pluralité d'ayants droit à titre universel, elle se différencie par sa nature même de la communauté qui existe entre plusieurs légataires particuliers conjoints.

Remarquons qu'elle peut exister non seulement entre héritiers mais entre colégataires universels ainsi qu'entre un légataire universel et un héritier réservataire. A la vérité, l'existence de la communauté d'héritiers n'est subordonnée qu'à la pluralité de vocations successorales concourantes de divers ayants droits et le caractère bénéficiaire de l'acceptation de l'un d'eux ne peut le rendre

étranger à la communauté (1), ainsi qu'on l'a quelquefois prétendu (2).

Au surplus, il convient de remarquer que le personnel de la communauté héréditaire peut se modifier au cours de la durée de l'indivision. Certaines de ces modifications à caractère proprement successoral se produisent avec effet rétroactif (renonciation, déclaration d'indignité, rescision de l'acceptation, découverte d'un testament). D'autres, au contraire, accusent un caractère simplement obligationnel et n'entraînent aucune rétroactivité (cession de part successorales entre vifs ou à cause de mort). D'ailleurs, il ne s'agit ici que de phénomènes juridiques parfaitement déterminés et qui trouvent leur explication dans les principes généraux du droit des successions. Nous ne voulons pas y insister plus longtemps (3).

1. Cass. 16 juin 1896, S. 1899, I, 237; Aubry et Rau, IX, § 612, 4^o; Planiol, *op. cit.*, III, n^o 2140.

2. Arg. article 875 *in fine*. En ce sens, Cass. 27 mai 1835, S. 1835, I, 341; Grenoble, 4 juin 1836, S. 1837, II, 109.

3. Sur les modifications dans la composition du personnel de la communauté d'héritiers, voir Kress, *Die Erbengemeinschaft*, p. 4, s.

CHAPITRE II

Les objets de la communauté d'héritiers.

Nous avons vu que la théorie classique ignore la notion de patrimoine indivis autonome. Elle divise automatiquement les créances du défunt entre les héritiers et réduit, en fait, l'indivision successorale à n'être qu'une juxtaposition de copropriétés particulières (1). Au contraire, la notion germanique de patrimoine d'affectation permet aisément de concevoir que le patrimoine successoral indivis forme une masse juridique indépendante qui, dans son unité organique, survit au défunt jusqu'au jour de la liquidation (2). Or, il est singulier de constater que c'est à un résultat qui n'est pas très éloigné d'une telle conception qu'a abouti l'évolution des jurisprudences issues de la tradition romaine.

Ces jurisprudences sont parvenues, en effet, à soumettre aux règles du partage successoral l'ensemble des valeurs héréditaires (3) en les rassemblant en une masse

1. Planiol, III, n° 2317. Conclusions du conseiller Poulle sous D. 1906, II, 28.

2. Binder, *Rechtsstellung des Erben*, III, p. 39; Kress, *op. cit.*, p. 4.

3. Il en est ainsi alors même que ces valeurs ne comprendraient que des biens rapportés (Cass. 18 août 1873, D. 1874, I, 20) ou des créances divisibles (Limoges, 10 déc. 1898. Rec. Riom. 1900, 201). Comp. Laurent, X, n° 288; Cass. Req., 7 janvier 1870 (D. 1870, I, 302) et Paris 20 mai 1892 (D. 1892, II, 357). Mais ces deux arrêts s'expliquent par des considérations d'espèce.

organique dont les éléments sont susceptibles de s'accroître ou d'être remplacés par des phénomènes de subrogation réelle. Il ne s'agit, il est vrai, que d'une masse patrimoniale de liquidation qui doit être soigneusement distinguée du patrimoine du défunt, tel qu'il peut être reconstitué par les créanciers successoraux, lorsque ces derniers réclament le bénéfice de la séparation des patrimoines. Mais l'évolution n'en est pas moins caractéristique et mérite d'être retracée.

A cet effet, nous examinerons successivement les éléments d'actif existant au jour du décès, les valeurs qui rentrent dans la masse par suite de l'acceptation des cohéritiers, celles qui contribuent à l'augmenter au cours de la communauté, et enfin, celles qui viennent l'accroître pour les besoins de la liquidation.

SECTION A. — VALEURS EXISTANT AU JOUR DU DÉCÈS

Si l'on met à part les droits viagers résolubles ou extra-patrimoniaux, tout l'actif mobilier ou immobilier laissé par le défunt devient indivis entre les cohéritiers jusqu'au jour du partage.

Les valeurs incorporelles telles que les créances ne constituent elles-mêmes que des éléments de la masse indivise.

L'on sait, cependant, que le droit romain s'était toujours refusé à concevoir la possibilité logique d'une pluralité de droits indivis portant sur des objets susceptibles d'une division immédiate. En consacrant la règle *nomina erecta sunt*, il proclamait sa volonté de proscrire du catalogue des catégories juridiques la notion d'une commu-

nauté de créances divisibles (1). S'il prévoyait le partage des créances héréditaires, cette opération s'analysait en une série de cessions réciproques de parts divisées qu'autorisaient les pouvoirs très larges du magistrat qui statuait sur l'action divisoire. Le Code civil qui, dans ses articles 873 et 1220, reproduit la disposition des XII tables fait bien allusion dans son article 832 à une répartition proportionnelle des créances héréditaires entre les cosuccesseurs. Mais il faut bien reconnaître que le parallélisme entre les deux législations a cessé à partir du moment où le partage est devenu déclaratif. Le partage judiciaire romain qui ne produisait que des effets translatifs restait d'accord avec le principe de la division des créances (2). C'est l'apparition d'un caractère déclaratif dans le système du partage français qui devait faire surgir ici les plus graves difficultés. Comment concevoir, en effet, que la répartition automatique des créances de l'article 1220 puisse être anéantie par le partage ultérieur et général de l'article 883? L'on sait comment la jurisprudence commença à n'attribuer au partage des créances qu'un simple effet déclaratif sans effet rétroactif à l'encontre des droits acquis aux tiers (3). Mais, par la suite, les tribunaux devaient être guidés par les exigences d'une évolution plus forte que leurs scrupules juridiques (4). Aujourd'hui,

1. Göppert, *op. cit.*, p. 20; Crome, *System des bürgerl. Rechts*, II, p. 44 s.

2. Pothier, *Société*, n° 172; Duranton, VII, nos 163 et 549; Vitali, *La comunione dei beni*, n° 431.

3. Demolombe, XVIII, n° 294 s.; Giorgi, *Obbligazioni*, VI, p. 548. Comp. Colin, note sous D. 1908, I, 144, Col. 2; Bertauld, *Rev. crit.*, XXIV, p. 388.

4. Wahl, la Jurisprudence et l'art. 883, *Livre du centenaire du Code civil*, I, p. 507 et s.

à l'exception des paiements directs (1), toute opération portant sur la part du cohéritier est devenue inopposable à l'attributaire de la créance totale au jour du partage (2). Sous la réserve que nous venons d'indiquer, le principe de la division héréditaire des créances a disparu de notre législation civile (3).

L'on a souvent critiqué ce résultat au nom des principes. L'on invoque la tradition romaine en oubliant qu'elle ignorait l'effet déclaratif. L'on oppose également les termes formels de l'article 1220 mais sans s'apercevoir peut-être que la rédaction équivoque de ce texte se prêterait assez aisément, pour peu que l'on admit le principe de l'indivisibilité de la saisine, à reconnaître à chacun des héritiers un droit de poursuite indivisible contre le débiteur commun, ce qui conduirait à un résultat, pour le moins inattendu. Disons donc plus simplement que l'article 1220 ne règle que le droit de poursuite de chaque héritier contre le débiteur commun (4) auquel il convient de reconnaître la faculté de pouvoir se libérer rapidement et valablement (5) sans attendre que le partage ait indiqué quel

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 635, note 8; Desserteaux, *op. cit.*, § 177. Conclusions du procureur général Baudouin, sous Cass., 5 déc. 1907, D. 1908, I, 469.

2. Cass. 9 mai 1909 (*Gaz. Palais*, 28 mai 1909).

3. Il n'y a pas lieu de distinguer suivant que la créance héréditaire existe contre un tiers ou contre l'un des cosuccesseurs (Cass. 15 fév. 1865, S. 1865, I, 225. Orléans 1^{er} juillet 1891, *Pand. Franc.*, 1893, I, 437). Au surplus, la créance de la succession contre l'un des héritiers est saisie par la procédure de séparation des patrimoines (Laurent, X, n° 636).

4. Legrand, sous *Gaz. des Trib.*, 16 et 17 octobre 1907. Trib. civ. Abbeville, 4 janvier 1922, *Gaz. Palais*, 17 février 1922.

5. Alors même que l'article 1220 n'existerait pas, l'on pourrait concevoir que les paiements partiels effectués par le débiteur commun peuvent être validés en vertu de la théorie du créancier putatif et de

est parmi les cohéritiers celui qui doit être considéré comme le titulaire véritable de la créance. Pour le reste, la créance successorale est un effet héréditaire qui, comme tel, est soumis à l'article 883 (1).

A la vérité, il faut reconnaître qu'une telle conception n'aboutit à rien moins qu'à consacrer le concept de créance indivise (2). Il n'y a pas longtemps encore que la plupart des juristes n'auraient vu dans une telle allégation qu'un paradoxe insoutenable (3). En effet, il est particulièrement délicat d'introduire en cette matière les cadres du régime de l'indivision puisqu'il est fort malaisé de concevoir qu'une créance de somme d'argent puisse faire l'objet de parts idéales sans que celles-ci s'expriment nécessairement en chiffres déterminés.

Certes, l'on peut étendre très largement la notion d'effets successoraux mais assimiler, ainsi qu'on l'a fait quelquefois (4), une créance à une *res incorporalis* soumise au droit commun des objets corporels, n'est ce pas recourir

l'héritier apparent (Lamane, *De la division des créances*, p. 31). Sur les avantages respectifs de la théorie du partage déclaratif ou du partage translatif en matière de créances, voir Lassalle-Herron, *Des droits consentis par les copropriétaires ou nés de leur chef pendant l'indivision*, thèse Bordeaux, 1913, p. 109.

1. Daniel de Folleville, *De l'effet déclaratif du partage*, p. 11 s.; Wahl, *op. cit.*, p. 508. Cass. 13 janvier 1909, S. 1911, I, 441 et note Naquet. Il s'en suit que les dispositions relatives au recel sont applicables aux créances héréditaires, Cass. 9 nov. 1887, S. 1889, I. 319.

2. Huc, V, n° 449; Van Biervliet, *Rev. prat. de notariat belge*, p. 297 s.

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 635, note 8; Cass. 5 déc. 1907, D. 1908, I, 119; Liège, 2 déc. 1908, *Pand. Belges*, 1909, n° 430.

4. Paris, 20 mai 1892, D. 1892, II, 337. Voir aussi la jurisprudence prussienne de la fin du XIX^e siècle (Kreittmayr, *Anmerk. über den Cod. Max. Bav. Civ.*, II, ch. I, § 9; Stobbe-Lehmann, *Privatrecht*, II, § 78, n° 3).

à un sophisme pour confondre à plaisir les catégories juridiques (1)? Remarquons au surplus que l'on ne peut songer davantage à ramener l'indivision des obligations à l'indivisibilité puisque celle-ci affecte la nature même du rapport de droit et survit au partage (2).

En présence de ces difficultés, les juristes de l'école germanique n'ont pas hésité à constater qu'il était impossible de faire rentrer la notion de créance indivise dans le moule des catégories du droit romain. Ce dernier ne connaissait, en face de l'obligation divisible, que l'obligation solidaire à laquelle il avait donné une structure nettement individualiste puisqu'il la concevait comme une pluralité de liens à sujets multiples (3).

Au contraire, le droit germanique avait imaginé sous le nom de *Gesamtberechtigung* la notion d'une obligation commune dont le sujet actif est la collectivité des ayants droit pris dans leur unité et abstraction faite de toute personification morale (4). Cette institution, que l'on s'est vainement efforcé de rattacher aux principes généraux de la corréalité (5), paraît avoir eu une origine contractuelle et s'être réalisée primitivement au moyen de certaines céré-

1. Eck, *Vorträge*, I, p. 93. Le § 90 du *B. G. B.* prévoit que les choses ne sont que les objets corporels.

2. Cf. Scherer, *Recht der Schuldverhältnisse*, § 705, 4a ; Binder, *op. cit.*, III, p. 50 s.

3. Unger, *Passive Korrealität und Solidarität im röm. und heut. Recht* (*Jahrb. für die Dogmatik*, XXII, p. 291) ; Gierke, *Archiv. für bürgerl. Recht*, 19, p. 114.

4. Bibliographie dans Bluntschli, *op. cit.*, IV, § 42 ; Stobbe, *Vertragsrecht* ; Girtanner, *Die Bürgschaft nach gemeinem Zivilrecht* ; Kuntze, *Die Lehre von den Inhaberpapieren*.

5. Unger, *op. cit.*, p. 207 ; Von Schey, *Die obligationenverhältnisse des öster. allg. Privatrechts*. Comp. Kuntze, *op. cit.*, p. 213.

monies symboliques (1). Elle ne tarda pas à devenir une pièce importante du système de la *Gesammte Hand* (2) dans la mesure où elle se caractérisait par le principe de l'unité d'action simultanée des ayants droit.

Reconnaissons, d'ailleurs, que la rigueur de cette exigence s'atténua progressivement, principalement dans les législations cantonales suisses et dans le droit autrichien (3); mais le principe n'en subsista pas moins.

Alors même que l'on autorisait le cocréancier à poursuivre le débiteur commun pour sa part, le créancier devait rendre compte à ses communistes du paiement partial qu'il avait touché (4). Ce n'était là qu'une application de ce principe de représentation mutuelle exprimé par l'adage : *einer für alle ist ; alle für einen sind* (chacun agit pour tous et tous pour chacun) (5).

Au contraire, le système ancien conserva toute sa rigueur dans le droit prussien. Celui-ci ne connaissait, à côté de la créance divisible, que le type germanique de la *Kommunalobligation* organisée suivant les principes les plus rigides de la *Gesammte Hand* puisqu'elle interdisait

1. Dübi, *op. cit.*, p. 46.

2. Stobbe, *op. cit.*, p. 142.

3. Art. 888 et 1302 du Code autrichien et § 935 de l'ancien code zurichois.

4. Amira, *op. cit.*, 403 § 14; Gierke, *Deutsches Privatrecht*, II, § 122.

5. A Rome, les rapports juridiques entre *correi* dépendaient de la nature des relations qui avaient engendré la corréalité (Girard, *Manuel*, 4^e éd., p. 742; Stämmeler, *Das Recht der Schuldverhältnisse*, p. 249) mais le recours entre cocréanciers restait souvent inexplicable. Il se comprend parfaitement, au contraire, dans la théorie germanique qui fait de chaque créancier le représentant de ses consorts, Stobbe, *op. cit.*, p. 171; Unger, *op. cit.*, XXII, 291; Comp. Hellwig, *Zivilprozess*, III, 125; Crome, *System*, II, 139.

au cocréancier toute faculté de poursuite en paiement partiel. Il ignorait, en particulier, la corréalité (1) romaine qui, cependant, constitue généralement une institution infiniment plus souple (2) que l'obligation commune ; cette dernière était en effet un mécanisme lourd et difficile à manier malgré les atténuations que, sur la demande des jurisconsultes prussiens, la Cour Suprême du Royaume avait jugé nécessaire de lui apporter (3).

Aussi bien est-ce une obligation en main commune modérée que celle qui a été consacrée par les diverses législations germaniques (4). Ces dernières admettent bien que l'obligation commune (*Gesamtschuld*) constitue le type des obligations qui sont susceptibles d'appartenir à une communauté en *Gesammte Hand* et, en particulier, à la communauté d'héritiers mais elles ne vont pas jusqu'à restaurer l'ancienne institution dans toute la rigueur de sa discipline collective.

En réalité, le *B. G. B.* a organisé à côté de la solidarité active du § 428, qui implique le droit pour chaque créancier de poursuivre le débiteur commun pour la totalité de la créance, l'indivisibilité du § 432 dans laquelle le débiteur ne peut fournir la prestation qu'à tous les créanciers réunis, chacun de ces derniers ne pouvant lui réclamer qu'une prestation collective (5).

C'est ce régime des obligations indivisibles qui a été

1. Dübi, *op. cit.*, p. 58.

2. Bähr, *Jahrbuch für die Dogmatik*, I, p. 401.

3. Koch, *Recht der Forderungen*, passim ; Förster-Eccius, *Pr. Privatrecht*, I, § 63.

4. Comp. Von Schey, *op. cit.*, I, 627, rem. 49 ; Adam Kiawicz, *Archiv für bürgerl. Recht*, XXXI, p. 21 s.

5. Planck, sur le § 432, n° 1 ; Saleilles, *Théorie de l'obligation*, n° 131.

appliqué aux obligations des communautés en *Gesamnte Hand* en général (1) et à la communauté d'héritiers en particulier par le § 2039 du *B. G. B.*

C'est une réglementation analogue qui a été consacrée par les dispositions du nouveau Code fédéral suisse (2).

SECTION B. — VALEURS ACCROISSANT A LA MASSE
DE LA SUCCESSION PAR SUITE DE L'ACCEPTATION DES COHÉRITIERS

Si l'on s'accorde pour reconnaître un caractère divisible à l'action en réduction dont le profit doit rester acquis au demandeur (3), l'exercice du rapport a pour conséquence certaine d'accroître la masse de l'actif héréditaire. Il convient, toutefois, de distinguer à ce sujet les effets du rapport des dons et ceux du rapport des dettes.

Le rapport des dons opère à la façon d'une sorte de condition résolutoire. Il a pour effet d'augmenter la masse d'une nouvelle valeur successorale (4). Bien que cet accroissement de l'actif ne puisse être invoqué par les créanciers, il engendre une série de conséquences importantes au sujet de l'application des peines du recel (5), de

1. Dernburg, *B. R.*, II, 370; Crome, *System*, 4, p. 375; Dübi, *op. cit.*, p. 90; Comp. Binder, *op. cit.*, III, 50; Hellwig, *Zivilprozess*, III, p. 125.

2. Dübi, *op. cit.*, p. 101; Escher, *Schw. Gesetzbuch*, art. 602, n° 2.

3. Demolombe, *Donations*, II, n° 243; Laurent, XII, n° 450; Florence, 10 février 1892, Legge, 1892, I, 727; Comp. Donnedieu de Vabres et Nast, *Vie juridique du Français*, II, p. 167 s.

4. Domat, *Lois Civiles*, II, titre 4, sect. I; Cass. 11 juillet 1893, S. 1894, I, 219; Planck, sur le § 2372 du *B. G. B.*

5. Cass. 11 juillet 1893 précité.

la disposition de l'article 2205 (1) et des règles du partage. Remarquons d'ailleurs que ces effets se produisent nécessairement alors même que les valeurs rapportées constitueraient le seul actif de la succession (2).

La notion du rapport des dettes de l'article 829 du Code Civil est infiniment plus compliquée. Le cohéritier débiteur peut être tenu envers ses consorts à des titres bien différents.

Son obligation peut, tout d'abord, se rattacher à un rapport qu'il ne peut effectuer en nature. Remarquons, à ce sujet, que ce premier aspect du rapport des dettes qui a déjà une grande importance dans les législations latines (3) constitue la forme nécessaire du rapport dans les législations germaniques qui ont écarté le rapport en nature par un souci très légitime de l'intérêt des tiers acquéreurs de droits réels sur les biens rapportés (4).

Cette première forme du rapport des dettes ne constitue manifestement qu'une variété du rapport des dons. L'imputation en moins prenant par laquelle elle s'exerce dans certaines législations n'en modifie pas le caractère. Il s'agit toujours ici d'une créance indivise soumise à un mode particulier de règlement et dont l'exécution peut

1. Trib. Marseille, 18 juin 1908, *Jurisprudence civile* Marseille, 1908, 406.

2. Cass. 11 août 1873, D. 1874, I, 20. Cependant, le cohéritier débiteur du rapport reste possesseur et administrateur des biens rapportables jusqu'au jour du partage. Il en résulte une série de conséquences au point de vue des fruits perçus, des impenses et des détériorations; C. civ., art. 860 s.; Cass. 5 juillet 1876, S. 1877, I, 345; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, nos 2845, 2854 et 2874; Code civil suisse, art. 630, al. 2.

3. Art. 859, 860, 866 et 869, C. Civ.

4. § 2055 du B. G. B.; § 793 du code autrichien; art. 628 du code féd. suisse; Comp. art. 865 de notre Code civil.

généralement être poursuivie sur les biens personnels du cohéritier débiteur (1), bien que les législations germaniques restreignent le domaine de cette exécution à la part héréditaire du cosuccesseur (2).

Cependant, lorsqu'on parle du rapport des dettes, l'on entend généralement tout autre chose que ce mode particulier de règlement du rapport des dons. En réalité, l'on fait allusion, dans ce cas, au rapport des dettes dont le cohéritier était redevable envers le défunt avant l'ouverture de la succession. Remarquons, tout d'abord, que, dans cette acception, l'expression de rapport est absolument défectueuse. En effet, l'on ne peut logiquement rapporter à la succession qu'une valeur qui n'y figure pas, alors que la créance correspondant à la dette du cohéritier se trouvait déjà dans l'actif, au jour de l'ouverture de la succession, au même titre qu'une créance ordinaire contre un tiers à l'indivision (3). Alors que le rapport des dons constitue un véritable retour à la masse, la nature des choses s'oppose à ce qu'on puisse parler de réunion à l'actif héréditaire d'une valeur qui constituait déjà l'un des éléments de l'hérédité. La vérité est que la dette du cohéritier envers le défunt étant, comme celle de rapport en valeur, susceptible de se régler par voie de prélèvement, l'on a conclu de l'identité dans la forme du règlement définitif à l'assimilation juridique des deux institutions.

1. Wahl, *Succ.*, III, n° 2896; Code portugais, art. 980.

2. § 2056 du *B. G. B.*; § 793 du Code Civil autrichien; art. 629 C. féd. suisse; Lois scandinaves (Rép. Fuzier Hermann, v° Rapport à succession n° 999); Coutumes anglaises (statutes of distribution, 22 et 23, Car. II, c. 10).

3. Aubry et Rau, X, § 627, note 2; Labbé, note sous Cass. 9 février 1887, S. 1888, I, 9.

Notre ancienne jurisprudence avait bien compris que l'imputation de la créance sur la part du cohéritier débiteur n'était qu'une opération de partage, sans qu'il fut nécessaire pour cela de parler de rapport (1). C'est à Lebrun (2) que nous devons cette qualification erronée qui conduit à solidariser la notion du prélèvement avec celle de rapport en moins prenant, de façon que l'on est amené à parler de rapport là où il n'y a, en réalité, qu'un procédé particulier de paiement (3).

Ces explications nous permettent de comprendre pourquoi le rapport des dettes, au sens où nous l'entendons en France, est ignoré par nombre de législations étrangères qui connaissent cependant le prélèvement comme règlement du rapport en valeur.

La différence entre la dette du cohéritier envers le défunt et la dette du rapport en moins prenant, outre les conséquences fiscales qu'elle engendre (4), nous explique comment, seules, les dettes de la première catégorie subsistent à la charge du cohéritier renonçant et peuvent être invoquées par les créanciers séparatistes (5).

1. Pothier, *Succ.* ch. 4, art. 1, § 3.

2. *Succ.* Livre III, ch. 6, sect. 2, n° 7 ; Chironi, *Trattato dei privilegi, delle ipoteche e del pegno*, I, p. 321.

3. Au surplus, ce procédé particulier de paiement suppose que la dette du cohéritier avait une origine successorale ou bien qu'elle était née à l'occasion des relations de l'indivision. Cass. 12 juillet 1916, S. 1916, som. I, p. 25.

4. Cass. 28 oct. 1889, D. 1890, I, 274 ; Championnière et Rigaud, *op. cit.*, III, p. 253.

5. Deschamps, *op. cit.*, nos 148 et 149 ; Laurent, *op. cit.*, X, n° 636.

SECTION C. — VALEURS ACQUISES PENDANT LA DURÉE
DE LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS

La théorie classique envisage le patrimoine comme figé à la mort de son titulaire (1) et désormais incapable d'augmenter ou de diminuer de valeur. Si cependant nous observons les faits, nous avons au contraire l'intuition d'une masse fluide à contenu mobile au sein de laquelle se réalisent des phénomènes d'accroissement et de remplacement que les techniciens allemands rattachent à ce qu'ils appellent le *Surrogationprinzip*. Ces phénomènes sont une conséquence logique de la conception germanique qui tend à faire de l'hérédité indivise un patrimoine propre et indépendant (2) et l'on comprend qu'ils aient été formellement consacrés par le § 2041 du *B. G. B.* Ils sont plus difficilement explicables si on les étudie à la seule lumière de la tradition romaine. Quelques textes du Digeste plus ou moins discutables (3), certaines pratiques, il est vrai, assez fortement établies (4), de notre ancien droit français, plusieurs dispositions de notre Code Civil telles que les articles 826 et 829 (5) n'étaient pas

1. Capitant, *Introduction*, 2^e éd., p. 238.

2. Binder, *op. cit.*, III, p. 39 ; sur les applications par le *B. G. B.* du principe subrogatoire en matière d'hérédité, voir les § 1893, 1978, 2041, 2111 et 2374 du *B. G. B.*

3. Ulpien, D. 5, 3, 20, 3 ; Paul D. 5, 3, 26.

4. Pothier, *Propriété*, n^o 400 ; Lebrun, *op. cit.*, livre 4, ch. 1, n^o 21 ; Domat, *Succ.*, livre 1, titre 4, sect. 2.

5. Demolombe, XVI, nos 456 et 475 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, X, § 624, note 27 ; De Loynes, note sous D., 1893, I, 5.

suffisants pour provoquer, sur ce point, l'abandon par notre jurisprudence de la tradition classique (1).

Il faut bien reconnaître cependant que nos tribunaux, à la suite d'une lente évolution, ont fini par attribuer à l'hérédité indivise un véritable caractère patrimonial en admettant qu'elle était susceptible de s'accroître ou de se modifier par l'addition de nouvelles valeurs qui n'existaient pas au jour du décès (2).

C'est ce dont nous pouvons nous rendre compte en étudiant successivement les phénomènes d'accession et de subrogation qui se produisent au sein de la masse indivise.

§ 1. — *Les produits et les fruits des choses communes.*

Il était assez naturel tout d'abord, de décider que les produits d'une chose doivent suivre la destination juridique de l'objet dont ils proviennent. Le lot ou la prime d'une valeur mobilière appartenant à la succession devra donc accroître à la masse indivise, de même que la propriété d'un immeuble dont la prescription s'est achevée pendant la durée de la communauté (3).

L'application de ce principe a soulevé, cependant, quelques difficultés, lorsqu'il s'est agi de l'appliquer aux fruits produits par les objets successoraux. Ces fruits ne sont pas seulement des fruits naturels, mais aussi des

1. Laurent, XVI, n° 642 ; Orléans, 1^{er} juillet 1891 sous Cass. S. 1893, I, 129.

2. Longuemare, *Du rapport des dettes*, thèse Caen, 1909, p. 154 et 159 ; Labbé, note sous S., 1888, I, 5, col. 2 ; Limoges 19 juil. 1900, *Rec. Riom* 1903, p. 100 ; Gand, 18 juil. 1902, *Mon. not. Belge*, 1904, p. 289.

3. C. f. art. 1402, C. civ. Voir cependant pour le droit allemand, Binder, *op. cit.*, I, p. 49.

revenus de capitaux héréditaires. Il n'est pas sans intérêt de signaler, à ce sujet, que la jurisprudence, par une extension heureuse mais arbitraire (1) des articles 1846 et 2001 et au mépris de la disposition formelle de l'article 1153, al. 3 du Code Civil, fait courir de plein droit les intérêts des sommes dues par le cohéritier envers la succession depuis le jour du décès (2) alors même qu'il serait tombé en faillite au cours de l'indivision (3).

Quoi qu'il en soit, il est sûr que la stricte application des principes classiques eût exigé que le cohéritier fit les fruits siens pour sa part (4) à moins qu'il ne fût possesseur de bonne foi, auquel cas l'article 549 du Code civil lui permet de les garder complètement (5).

C'est dans cette voie que s'engagea tout d'abord la jurisprudence française (6) jusqu'au moment où, aux environs de 1830, elle subit un brusque revirement. Elle s'avisa en effet, d'exhumer du fond de nos vieux adages judiciaires, la maxime *fructus augent hereditatem* qui nous venait en droite ligne du droit romain où elle s'était développée à la suite du sénatus-consulte Juventien (7). L'on entendait par là que le tiers défendeur à la pétition d'hérédité

1. Laurent, XXVI, n° 444 ; Guillouard, *op. cit.*, n° 396.

2. Cass. 1^{er} juillet 1891, S. 1891, I, 401 ; Paris, 19 décembre 1902, *Le Droit*, 8 janvier 1903.

3. Paris, 23 mai 1862, *Rev. not.*, art. 423 ; C. f. art. 445, C. com.

4. V. à ce sujet les contradictions de Laurent, X, nos 220 et 642 relevées soigneusement par Steyaert, *Rev. Trim. de Droit Civ.*, 1902, p. 859.

5. Hureauux, *op. cit.*, succ. IV, n° 151.

6. Cass. 3 avril 1821, S. 1821. I. 325 et 354 et 12 déc. 1826, S. 1827. I. 277 ; Trib. civ. Toulouse, 23 juil. 1904. *Gaz. Trib. Midi*, 3 nov. 1904.

7. Ulpian, D. 5, 3, 20, 6 ; Paul, D. 5, 3, 40, 1 et 3.

conservait les fruits qu'il avait perçus de bonne foi alors que, dans les mêmes circonstances, le cosuccesseur était obligé de les restituer à la masse (1). Cette interprétation que, lors des travaux préparatoires, la Cour de Rennes avait proposé de consacrer formellement (2) a été écartée par le Code dans l'hypothèse spéciale de l'absence (art. 138) et il faut beaucoup d'imagination pour en trouver une application dans les articles 856 et 1697 (3). Alors que certains auteurs se contentent de justifier la règle en l'affirmant (4), d'autres parlent ici d'une obligation *sui generis* de communauté (5). Certaines décisions soutiennent que les fruits héréditaires ont le caractère d'une valeur rapportable s'incorporant à la masse (6) tandis que d'autres s'efforcent de justifier leur opinion en prétendant que le caractère équivoque de la possession de cohéritier l'empêche d'invoquer ici le bénéfice de l'article 549 (7).

Cependant, la maxime *fructus augent hereditatem*, que repousse encore aujourd'hui la jurisprudence italienne (8), a été consacrée par la pratique française (9)

1. Lebrun, *Succ.* n° 13; Domat, *Lois Civiles*, livre 3, titre 5, Sect. 3, nos 5 et 1. Comp. art. 597 de la Coutume de Bretagne.

2. Fenet, *op. cit.*, V, p. 365.

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 578 texte et note 3, § 619 note 21; Demolombe, *op. cit.*, 16, n° 475 *in fine* et les références; Troplong, *Hyp.*, I, n° 239.

4. Demolombe, *loc. cit.*

5. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 616, note 21.

6. Trib. paix Balleroy, 4 avril 1905, *Mon. juges de paix*, 1905, 555.

7. Arrêt de la Cour de Toulouse, 27 mai 1878, S. 1880. II. 5.

8. Cass. Turin, 7 juillet 1887, *Foro It.* I. 933 et note Gabba; Cass. Rome, 3 avril 1908, Legge, 1908, 1877; Chironi, *op. cit.*, p. 357. Comp. Piola, *op. cit.*, n° 26.

9. Cass. 10 juil. 1905 et 12 mai 1909, D. 1905. I. 437 et D. 1911. I. 209; Trib. civ. Montdidier, 11 août 1905, *La Loi*, 27 déc. 1905.

qui l'étend même aux fruits ayant fait l'objet d'un partage partiel (1) ou provisionnel (2). Elle a naturellement été recueillie par les récentes codifications allemande et suisse (3) où elle n'apparaît que comme une conséquence logiquement nécessaire de l'organisation patrimoniale de la communauté d'héritiers.

Remarquons enfin que ce fameux adage est singulièrement révélateur de la différence profonde qui distingue les fonctions économiques de la société de celles de la communauté. La société a pour but une distribution régulière de bénéfices. La communauté, au contraire, n'est pas un organisme de production, de sorte que ses revenus accroissent à son capital afin d'être partagés avec lui (4). Cette capitalisation forcée entraîne cette conséquence que les cohéritiers se trouvent privés du droit de toucher les revenus de leur part héréditaire jusqu'au jour de la liquidation. Aussi comprend-on que le § 2038 du *B. G. B.* ait permis au cosuccesseur de réclamer la répartition du revenu net à la fin de chaque exercice annuel.

C'est également à la notion d'accroissement qu'il faut rattacher certaines pratiques qui consistent à incorporer à

1. Paris, 10 août 1861, S. 1862. II. 98 et note Carette. Pour les avances consenties à un cohéritier, il y a lieu de distinguer suivant qu'elles sont consenties par imputation sur la part héréditaire de l'*accipiens* ou qu'elles proviennent d'une distribution régulière des revenus de l'indivision. Elles ne produiraient intérêt que dans le premier cas. En ce sens, Grenoble, 3 août 1867 sous Cass. 5 janv. 1870. S. 1870. I. 156; Cass., 20 juin 1887. S. 1887. I. 408. Voir également Beauchet note sous *Pand. française*, 1887. I. 201.

2. Cass. 10 juillet 1905, D. 1905. I. 437.

3. § 2038 du *B. G. B.* et commentaires de Planck sous ce texte; Wieland, *op. cit.*, IV, p. 49; Escher, *op. cit.*, III, p. 277.

4. Courvoisier, *De la propriété en main commune dans le projet de Code civil suisse*, p. 199.

la masse indivise le bénéfice des acquisitions réalisées par l'un des cohéritiers à l'aide des valeurs héréditaires. Cette solution ne souffre pas de difficultés quand l'opération lucrative du cosuccesseur a été autorisée par ses consorts, mais il en est autrement lorsqu'elle a été effectuée *proprio motu*.

L'ancien droit n'hésitait pas cependant à la consacrer (1) en étendant à la communauté l'esprit des règles qui président au fonctionnement de la société (2). Toutefois, les auteurs modernes sont à peu près unanimes pour repousser une telle interprétation (3). Tout au plus ne consentiraient-ils à l'admettre que lorsque le cohéritier qui a réalisé le bénéfice était administrateur de la succession, soit que cette qualité lui ait été reconnue par ses consorts, soit qu'elle résultât de son acceptation bénéficiaire (4).

Il convient d'avouer que, sur ce point, la jurisprudence est assez indécise. Elle repousse, en principe, la communication des profits lorsqu'ils proviennent de l'initiative ou de l'industrie des cohéritiers et elle fait application de cette idée à la gestion spontanée du fonds de commerce indivis (5), à l'emploi des fonds provenant de la succes-

1. Lebrun, *op. cit.*, livre 4, ch. II, sect. 3, n° 65; Ferrière, *Coutume de Paris*, art. 108, n° 78.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 624 texte et note 28; Kress, *op. cit.*, p. 17, note 18; Endemann, *op. cit.*, III, § 190, rem. 14.

3. Demolombe, XV, n° 482; Laurent, X, n° 224; Strohal, II, § 64; Planck, n° 3 sous le § 2041. Cf. Em. Lévy, *Rev. trim. dr. civ.*, 1911, p. 658; Pilon, *Revue trim. dr. civ.*, 1903, p. 394.

4. Demolombe, *op. cit.*, n° 479; Laurent, *op. cit.*, n° 226; Paris, 10 mai 1850, S. 1854. II. 365. Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, n° 2980.

5. Nancy, 19 fév. 1895, *Gaz. Pal.*, 1895. II. 130; Cass. 14 déc. 1841, S. 1842. I. 23.

sion (1) et même au retrait successoral (2). Par contre et par une singulière distinction qu'ils essaient d'établir sur les textes du Digeste, les magistrats obligent le cohéritier à communiquer à ses consorts le bénéfice réalisé par lui dans une opération de retrait litigieux (3) ou dans l'acquisition d'une créance sur la succession à un prix inférieur à sa valeur nominale (4). Il s'agit ici, croyons-nous, d'une manifestation de cette conception sur laquelle nous reviendrons plus loin et d'après laquelle les cohéritiers seraient de véritables représentants mutuels (5) pendant la durée de la communauté.

§ 2. — *Les phénomènes de subrogation réelle.*

La succession n'est pas seulement susceptible de s'augmenter par des phénomènes d'accroissement, mais son contenu peut encore se modifier par certains procédés de subrogation corrélatifs à des actes d'aliénation, d'usurpation ou de détérioration quelconques.

En ce qui concerne tout d'abord les actes d'aliénation,

1. Cass. 28 fév. 1899. S. 1901. I. 31; Paris, 28 juil. 1900; *Le Droit*, 5 nov. 1900. Voir aussi note Bonelli sous Foro Ital. 1886. I. 377. En Allemagne, l'on distingue suivant que l'acquisition a été faite dans l'intérêt personnel du cohéritier ou dans l'intérêt de la succession (Planck sur le § 2041, 1c; Strohal, *op. cit.*, II, p. 84).

2. Références dans Wahl, *op. cit.*, § 2617, note 3. Cf. Pilon, *op. cit.*

3. Toulouse, 4 mars 1867, S. 1867. II. 351; Guillouard, *Vente*, II, n° 911.

4. Cass. 16 déc. 1851, S. 1852. I. 246. Cf. Trib. de Saint-Sever, 5 mars 1903. *Gaz. du Palais*, 1903. I. 464.

5. Oudinot, *De la représentation imparfaite en droit français*, p. 173.

ils peuvent constituer des opérations régulières ou des actes irréguliers.

Lorsqu'une valeur indivise (1) sort de la masse par suite d'un acte d'aliénation régulier, il est assez naturel de considérer que la créance représentative du prix doit être traitée comme un élément d'actif soumis à l'affectation générale du patrimoine commun. Ce phénomène dont la jurisprudence anglaise, cependant si hostile aux conceptions patrimoniales, n'hésite pas à faire application (2) est absolument général et il n'y a pas lieu de distinguer suivant qu'il s'agit d'une aliénation volontaire ou d'une aliénation forcée, telle qu'une expropriation pour cause d'utilité publique (3).

La jurisprudence française a fini par reconnaître la subrogation du prix d'adjudication aux biens indivis licites (4). Elle distingue soigneusement cette subrogation qui s'opère au sein de la masse indivise d'une autre subrogation infiniment plus discutable et que l'on a voulu quelquefois faire jouer à l'intérieur du patrimoine du cohéritier entre la part revenant à ce dernier dans le prix d'adjudication et la quote-part de l'immeuble par lui hypothéqué avant l'adjudication.

Ce principe de subrogation réelle (5) a donc une portée

1. Il faut qu'il s'agisse d'une valeur indivise. La subrogation ne s'applique pas à la cession de droit successif puisque ce droit fait partie du patrimoine personnel du cohéritier. Hémar, *Rev. trim. dr. civ.*, 1940, p. 860.

2. Robbins, *The devolution of real estate in death*, passim.

3. Trib. civ. Bruxelles, 8 fév. 1908, *Pand. Périod. belges*, 1908, n° 408.

4. Cass. 5 décembre 1907. S. 1908. I. 5 et note Lyon-Caen ; Esmein note sous S. 1888. I. 258.

5. Le principe a été formellement consacré par l'article 2137, al. 2 du Code civil portugais.

qui dépasse singulièrement l'importance de cette fameuse controverse relative au conflit des créanciers hypothécaires des cosuccesseurs débiteurs d'un rapport avec les cohéritiers du constituant, à l'occasion de laquelle il a été formellement consacré par l'arrêt des Chambres réunies du 5 décembre 1907. Il implique une altération profonde des caractères généraux de la licitation qui n'apparaît plus désormais que comme un acte préparatoire à la liquidation définitive et il entraîne sur le terrain du droit international privé les plus importantes conséquences (1).

Ce principe de subrogation a été vigoureusement attaqué et l'on a même été jusqu'à soutenir qu'il n'était nullement indispensable pour expliquer le mécanisme des opérations de liquidation (2). Il nous paraît, au contraire, intimement lié à la notion d'universalité juridique. Si la vieille théorie de la subrogation fictive est à peu près abandonnée, si la subrogation conventionnelle repose sur la notion d'affectation, la subrogation légale existe dans tous les cas où l'on se trouve en présence d'une *actio in rem generalis* telle que l'action en partage (3).

Une telle conception n'est nullement incompatible avec

1. La loi applicable à la distribution du prix de licitation d'un immeuble n'est pas celle de la succession mobilière mais celle de l'immeuble licité. Voir à ce sujet l'affaire de la succession de la reine Marie-Christine et arrêt de la Cour de Paris du 31 déc. 1889. *Rev. Clunet*, 1890, p. 421.

2. Colin note sous D. 1908. I. 445; Desserteaux, *op. cit.*, p. 371 et s. Voir dans le sens d'une critique plus atténuée Pilon, *Rev. trim. droit civ.*, 1903, p. 917 et Percerou, note sous *Pand. franç.*, 1905. II 212.

3. Cf. Colmet de Santerre, *Rev. crit.*, 1864, tome 25, p. 490; Desserteaux, *op. cit.*, p. 372, note 4; A. Henry, *De la Subrogation réelle*, thèse Nancy, 1913, *passim*.

les dispositions de notre droit positif. L'article 2109 du Code civil ne laisse-t-il pas supposer que la créance du prix d'adjudication ne se divise pas automatiquement entre les divers héritiers? Les articles 827 et 831, en prévoyant que la formation de la masse à partager n'aura lieu qu'après la licitation, n'impliquent-ils pas que le prix d'adjudication constitue l'un des éléments de cette masse? Il y a plus : la subrogation réelle est formellement prévue par l'article 2, § 3 de la loi du 23 août 1887 sur la diminution des frais de partage et elle a été inscrite dans le projet Darlan sur la réforme de la publicité foncière et du régime hypothécaire (1).

Remarquons, d'ailleurs, que la subrogation réelle se produit dans des conditions à peu près analogues lorsqu'il s'agit d'actes d'aliénation irréguliers (2). Il se peut alors que l'acte soit inopposable aux cohéritiers de l'aliénateur mais qu'il ait été ratifié par eux, auquel cas l'on admet en Allemagne que la subrogation se produit (3). Mais elle a lieu également lorsque l'opération était valable dès le début, en raison de la bonne foi du tiers acquéreur (4).

Le paiement d'une créance successorale peut être rapproché de l'acte d'aliénation en ce sens que son objet est subrogé à la créance éteinte. C'est ainsi que les auteurs allemands admettent que le paiement fait de

1. Voir, au point de vue législatif, rapport de M. Maurice Violette à la Chambre des députés du 12 janv. 1911 (*J. O.*, Session 1911, n° 663).

2. Kress., *op. cit.*, p. 16.

3. Protokoll, V, p. 711 ; Binder, III, p. 246, note 69 ; Planck, al. 3 sous le § 2019.

4. Riom. 2 déc. 1901, *Rec. Riom*, 1902, 17. Cf. en Allemagne Planck sur le § 2041, n° 3. Voir à ce sujet application intéressante par un arrêt de Paris, 6 déc. 1902 sous Cass. S. 1903. I. 283.

bonne foi par le débiteur commun à l'un des cohéritiers au lieu de l'être, ainsi que le veut la loi, à la collectivité des cosuccesseurs n'en est pas moins valable, mais à la condition que les espèces reçues par l'*accipiens* constituent un élément d'actif (1). Dans un pareil cas, notre droit français qui valide le paiement partiel à l'égard des cohéritiers autoriserait ce dernier à conserver la valeur des espèces correspondant à sa quote alors même que le débiteur n'aurait effectué que ce paiement partiel et qu'il serait devenu postérieurement insolvable.

La créance en restitution d'objets appartenant à la masse et que l'un des cohéritiers s'est injustement appropriés constitue également une valeur héréditaire. L'on a souvent fait application de cette idée à la dette de fruits ou de revenus d'un objet successoral telle que la dette d'intérêts d'un objet soumis au rapport (2). Ce résultat a paru singulier à beaucoup d'auteurs qui se refusent à concevoir comment une action personnelle entre cohéritiers peut être entraînée dans le mécanisme du partage et des prélèvements (3). Ce règlement est en effet exorbitant si on le considère du point de vue de la doctrine classique mais il est parfaitement logique si on l'interprète comme une conséquence de la notion de masse héréditaire (4).

1. Certains auteurs admettent que cette subrogation se produit en vertu d'un droit appartenant à la succession (Planck sur le § 2041 c). D'autres estiment qu'elle opère en raison d'un acte juridique se rapportant à la succession (Beyer, *die Surrogation bei Vermögen nach B. G. B.*, p. 222).

2. Cass. 1^{er} fév. 1891, S. 1891. I. 401 ; Rennes, 20 oct. 1895, *Rec. Rennes*, 1906. II. 40.

3. Laurent, X, n° 642 ; Duranton, XIX, n° 187.

4. Tissier, note sous Cass. 1896. I. 497 ; Aubry et Rau, § 263 et note 23 ; Bruschetti, *Rev. trim. de droit civil*, 1904, p. 645.

Aussi bien la jurisprudence, malgré certaines hésitations (1), a-t-elle fait triompher en notre matière la notion de masse indivise en faisant de la créance de fruits et d'intérêts une valeur héréditaire et qui se règle au jour du partage par voie de prélèvement; la créance se trouve ainsi transformée en une sorte de droit réel armé du privilège du copartageant de l'article 2109 (2).

Cette créance en restitution de fruits produit-elle intérêts? En d'autres termes, dans quelle mesure l'anatocisme est-il possible entre cohéritiers? La jurisprudence avait commencé par écarter ici l'article 1154 du Code Civil sous le prétexte que ce texte n'autorise la capitalisation des intérêts que pour les fruits échus (3) et qu'il suppose en outre l'exercice préalable d'une demande en justice. Mais elle ne tarda pas à revenir sur son opinion (4). La créance de fruits ou d'intérêts constitue un capital successoral auquel l'article 856 fait produire intérêt dès le jour du décès car chaque héritier doit agir comme un administrateur diligent de la valeur successorale qu'il détient et faire emploi de ses revenus dans l'intérêt commun (5). N'oublions pas que le cohéritier débiteur peut éviter les inconvénients de cette capitalisation forcée, soit en versant

1. Aix, 12 juillet 1826, S. 1828. II. 345; Pau, 28 juillet 1829, S. 1829. II. 44.

2. Cass. 11 août 1830, S. 1831. I. 63 et 9 nov. 1831, S. 1832. I. 5; Cass. 15 janv. 1896, S. 1896. I. 497; Arrêt Limoges, 8 juin 1907. *Rec. Riom*, 1907, p. 242; Voir références dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, éd. 1905, p. 387, note 4; Cass. Palerme, 4 juin 1903 (*Foro Ital.*, 1903, 863).

3. Cass. 15 fév. 1865, S. 1865. I. 225; Paris, 3 juin 1881 sous Cass. 8 déc. 1884, S. 1885. I. 145.

4. Cass. 8 déc. 1884, S. 1885. I. 145 et note Labbé.

5. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, § 2922; note Labbé précitée.

à la masse les sommes à capitaliser, soit en exigeant un partage immédiat. Remarquons, en outre, qu'il arrivera fréquemment que le cohéritier débiteur aura été constitué gardien des valeurs indivises à titre de dépositaire ou de séquestre ; dans ce cas, il se sera produit une novation du titre auquel il détient les valeurs héréditaires et il n'en devra les intérêts qu'à partir du jour de la demande en restitution (1).

La créance d'intérêts constitue un élément d'actif, non seulement en ce sens qu'elle est elle-même productrice d'intérêts, mais encore en ce sens qu'elle est soumise à l'application de l'article 816 et qu'elle échappe ainsi à la prescription quinquennale de l'article 2277 (2) : elle relève donc du droit commun de la prescription trentenaire (3). Remarquons cependant que lorsque la communauté d'héritiers se stabilise par une convention d'indivision, il arrive fréquemment qu'une clause de la convention prévoit la distribution régulière d'annuités par le cohéritier gérant. Dans ce cas, les fruits de la masse successorale cessent de constituer un capital et recouvrent leur véritable caractère de revenus, de sorte que la créance dont ils sont l'objet retombe sous l'application de l'article 2277 (4).

Il n'en reste pas moins que cette capitalisation forcée que la jurisprudence fait peser sur le cohéritier débiteur de fruits est assez lourde, principalement lorsqu'il s'agit

1. Cass. 19 juillet 1836, S. 1836. I. 590.

2. Dijon, 27 nov. 1893, S. 1895 II. 249, et note Tissier ; Trib. civ. Seine, 7 déc. 1905, *Gaz trib.*, 3 mars 1906.

3. Laurent, *op. cit.*, X, n° 222 ; Cass. Naples, 2 août 1908 (*Foro It.*, 1908. I. 925) ; Vitalévi, *op. cit.*, n° 296.

4. Tissier, note précitée ; Saleilles, *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, t. XI, n° 3.

de fruits civils qui varient suivant le lieu où se fait le placement. A cet égard, l'on admet généralement que le taux du placement imposé au cohéritier est déterminé par le lieu d'ouverture de la succession.

Toutefois, afin d'éviter l'inégalité trop grande qui résulterait entre les cohéritiers de la charge de ces capitalisations forcées, les magistrats ont pris l'habitude d'ordonner la compensation des dettes de fruits et d'intérêts que les cohéritiers pourraient se devoir mutuellement (1) alors même que ces dettes seraient soumises à des taux d'intérêts différents.

Certaines décisions sont allées jusqu'à prononcer la compensation alors même que l'une des dettes n'était pas productive d'intérêts (2) et que les conditions de la compensation faisaient complètement défaut (3).

Ces divers tempéraments n'empêchent pas que la capitalisation forcée des intérêts par le cohéritier peut être quelquefois très pénible et l'on s'explique que l'on ait songé à demander au législateur d'en ordonner la suppression (4) en accordant à l'article 2277 un caractère d'ordre public (5).

1. Cass. 17 avril 1867, S. 1868. I. 67; Demolombe, *Suc.* IV, n° 451 *bis*; Cf. Laurent, X, n° 633; Labbé, note au S. 1872. I. 202, col. 3.

2. Cass. 5 juillet 1876, S. 1877. I. 345; Toulouse 1^{er} juil. 1877, S. 1878. II. 261.

3. Cass. 28 février 1866, S. 1866. I. 185 et note Bourguignat; Cf. Demolombe, XVI, n° 604; Laurent, XI, n° 35; Cass. 17 nov. 1883, S. 1887. I. 14.

4. Observations de la Cour de Montpellier au cours de l'enquête sur la réforme hypothécaire de 1841 (Documents publiés par M. Martin du Nord, I, p. 292).

5. Trib. Coulommiers, 24 mars 1905. *La Loi*, 27 mai 1905.

C'est encore à la notion de subrogation réelle qu'il faut attribuer le caractère héréditaire qui s'attache à la créance en réparation de dommages causés aux objets successoraux (1). L'on a fait application de ce principe aux indemnités gracieuses accordées par l'Etat aux victimes de l'insurrection de Saint-Domingue (2) et il n'y aurait que des avantages à étendre la même solution à l'indemnité d'assurance, bien qu'un tel procédé serait actuellement contraire à la rigueur des principes juridiques.

SECTION D. — VALEURS ACCROISSANT A LA MASSE POUR LES BESOINS DE LA LIQUIDATION

La masse active de la succession peut s'accroître, en raison de la volonté des copartageants, dans la mesure des besoins de la liquidation et de la répartition (3). C'est ainsi que l'administrateur de la succession indivise peut porter à la colonne des recettes du compte de liquidation la somme empruntée dans l'intérêt commun (4).

Mais ces phénomènes d'accroissement conventionnels et arbitraires se rencontrent principalement à l'occasion des cessions de droit successif, de licitation et de partage avec soulte où certains successeurs semblent bien être appor tionnés avec des valeurs provenant du patrimoine personnel de leurs consorts.

1. § 2044 du *B. G. B.* Kress, *op. cit.*, p. 18 ; Cass. 13 avril 1899, S. 1902. I. 485 et note Wahl : application à la folle enchère, Agen, 14 fév. 1894. II. 533, Garsonnet, IV, 446.

2. Cass. 16 déc. 1851, D. 1852. I. 12 (motifs).

3. L'on admet au contraire en Allemagne que les cohéritiers ne peuvent à leur guise augmenter le montant de la succession. Wirth, *op. cit.*, p. 440, note 4.

4. Cass. 17 déc. 1900, S. 1904. I. 286.

C'est ainsi que la créance de soulte qui peut porter intégralement sur le patrimoine particulier du cohéritier débiteur lorsque la dette de ce dernier est égale à sa part héréditaire sera traitée comme un effet successoral puisque le partage avec soulte est assimilé au partage ordinaire et qu'il est muni, lui aussi, de l'effet déclaratif. La jurisprudence fiscale, non sans raisons, accuse de telles opérations de déguiser de véritables aliénations (1). La jurisprudence civile, au contraire, consent à y reconnaître des opérations de partage (2). Cette dernière attitude peut se justifier si l'on observe qu'une convention par laquelle les cohéritiers conviennent de traiter comme une valeur indivise, un bien qui, en réalité, est personnel à l'un d'eux, n'a rien de contraire à l'ordre public et que si, elle peut léser certains tiers, ceux-ci ne font que supporter les risques qu'ils ont couru en traitant avec des indivisaires (3).

APPENDICE

L'ÉTABLISSEMENT DU MONTANT DE LA MASSE INDIVISE

Lorsque des cohéritiers veulent partager la masse indivise, ils doivent au préalable, en établir le montant. De nombreuses législations étrangères ont prévu à ce sujet, des mesures particulières qui permettent au liquidateur

1. Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 2, art. 69, § 5, n° 7 ; Wahl, *Traité de droit fiscal*, II, n° 498 ; Cass. 3 mars 1884, S. 1885. I. 7 ; Cf. également Cass. 41 juillet 1921, D. 1921, *Chronique*, p. 25.

2. Planiol, III, n° 2382 ; D'ailleurs la jurisprudence a su garder une juste mesure dans l'application de cette conception. Voir en effet Cass. 8 mai 1912, S. 1912. I. 327.

3. Dessertaux, *op. cit.*, p. 396.

de la masse d'être exactement renseigné sur l'importance des redressements et des rapports à effectuer (1).

A cet égard, la mesure de précaution édictée par l'article 943 alinéa 8 (2) de notre Code civil est manifestement insuffisante et le cohéritier est réduit au droit commun pour faire contre son consort la preuve de l'existence d'une valeur héréditaire (3).

Remarquons simplement que le recel ou détournement peut être prouvé par tous les moyens (4), sauf par la commune renommée (5). Le droit de déférer le serment que certaines législations ont expressément consacré (6) est refusé aux cohéritiers partout où il est interdit de le déférer au sujet d'un fait à caractère délictueux (7).

1. Voir à ce sujet l'institution du *cabeça de casal* (chef de famille) en droit portugais, art. 2067 du Code civil portugais.

2. En ce sens, art. 872, n° 13 du Code de procédure civile italien. L'inventaire fait pleine foi contre les cohéritiers lorsqu'ils l'ont signé sans réserves. Cass. 6 juillet 1911 ; Cass. *Bull. civ.*, 1911, p. 211.

3. Cass. Rome, 2 janv. 1882, *Giur. Ital.*, 1882. I. 509.

4. Planiol, *op. cit.*, III, n° 2004. Voir une série de présomptions de fait indiquées dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 1865.

5. Trib. civ. Seine, 18 déc. 1900, *Pand. Franç.*, 1901, V, 40.

6. § 2057 du B. G. B. ; art. 2073 du Code civil portugais.

7. Art. 1364 du Code Italien ; art. 607 et 610 du Code fédéral suisse. Voir à ce sujet le rapport de la commission d'experts, 1, p. 703.

TITRE II

LES DROITS SUBJECTIFS DU COHÉRITIER

Les droits appartenant aux cohéritiers se différencient suivant leur objet et leur caractère. L'on peut distinguer à cet égard : 1° Les droits propres du cohéritier. 2° Les droits du cohéritier sur la masse successorale. 3° Les droits du cohéritier sur les valeurs héréditaires particulières.

CHAPITRE PREMIER

Les droits propres du cohéritier.

Le cohéritier possède, par le seul fait de sa qualité d'héritier, un certain nombre de prérogatives qui présentent ce caractère commun d'être extrapatrimoniales.

Nous n'entendons pas parler ici de ces droits qui découlent de la parenté et qui sont absolument indépendants de toute vocation héréditaire. Qu'il nous suffise, à ce sujet, de rappeler les règles relatives à l'indivision des papiers de famille (1) et à la copropriété des tombeaux (2). Nous

1. Cass. 23 déc. 1900, S. 1902. I. 216 ; Pescatore, *Foro Ital.*, 1908, I, 1316 ; Gény, *Des droits sur les lettres missives*, II, p. 273. Pour les lettres de noblesse, Angers, 12 fév. 1883, S. 1886. II. 186 ; Demolombe, *op. cit.*, XV, n° 699.

2. Fadda, *La comunione e il diritto di sepolcro* ; Castellezo, *Diretto di scelta del sepolcro* ; Daniel Lacombe, *Les sépulcres en droit romain et en droit français*, thèse Poitiers, p. 20 ; Hémard, *Rev. trim. de dr. civ.* 1913, p. 223.

pouvons y rattacher le droit pour le parent de participer à l'organisation des funérailles du défunt (1), de veiller à la protection de son honneur et de sa dignité et de faire respecter le droit moral qu'il avait acquis sur son œuvre intellectuelle ou artistique.

Toutes ces prérogatives juridiques ont ceci de particulier que leur auteur les exerce non pas en qualité d'héritier, mais en celle de parent du défunt. Ce n'est pas d'elles qu'il s'agit ici.

Nous voulons faire allusion à ces droits normalement incessibles et généralement insaisissables et qui constituent dans leur essence la qualité d'héritier. Les particularités de ces diverses facultés juridiques s'expliquent par cette idée qui a été parfaitement dégagée par les juristes allemands que le fait d'être héritier et celui de posséder une quote-part dans une succession indivise sont absolument différents (2). Les commentateurs du *B. G. B.* les qualifient de *Rechte auf Mitgliedschaft* en soulignant ainsi leur caractère corporatif (3).

La vérité est que le cohéritier possède en cette qualité, un titre qui lui est propre et qui ne peut être cédé. Ce principe de l'intransmissibilité du titre successoral remonte dans les législations issues du droit romain à une origine fort ancienne. C'est en se fondant sur certains fragments

1. Ce droit entraîne l'obligation de participer personnellement aux frais de sépulture, trib. paix. Amiens, 29 nov. 1910 (*La Loi*, 17 janv. 1914). Voir aussi Trib. civ. Boulogne-sur-Mer, 28 nov. 1902, *Gaz. Trib.* 10 janv. 1903.

2. Binder, *Vermögensrecht und Gegenstand*, p. 238, note 78.

3. Herzfelder sur Staudinger, *op. cit.*, éd. 1909, V, § 2353, note 4; Sohm, *op. cit.*, I, § 7, note 3.

des compilateurs justiniens d'un caractère très général (1) et aussi sur l'adage classique *semel heres semper heres* que les glossateurs sont parvenus à formuler le principe que la cession de droits successifs ne comporte pas la transmission de la qualité d'héritier (2). Aujourd'hui encore, l'article 1698 du Code civil consacre, au moins implicitement, le principe que le titre d'héritier ne comporte pas de parfaits ayants cause (3).

Ce problème a fait, en Allemagne, l'objet de nombreuses controverses. Certes, la cession de quote-part d'hérédité produit dans le *B. G. B.* des effets beaucoup plus étendus que la cession d'hérédité par l'héritier unique. Cette dernière (§ 2371) n'est qu'un contrat ordinaire générateur d'obligations (*obligationisches Rechtsgeschäft*) (4) conformément au principe des législations germaniques qui pratiquent le contrat réel abstrait d'aliénation. L'on sait, en effet, qu'en Allemagne, la convention ne déplace pas la propriété mais ne crée qu'une obligation de transfert qui se réalise par une inscription au livre foncier succédant à un acte d'investiture. Au contraire, la cession de quote-part d'hérédité (§ 2033) est un contrat successoral impliquant une transmission réelle du droit héréditaire

1. D. 18, 4, 2, § 1 et 7; C. 4, 39, 2; Gierke, *Personengemeinschaften*, dans les *Bekker und Fischer's Beiträge*, XVIII, p. 15.

2. Huberus, *de haered. vend.*, n° 1; Cujas, sur le titre au Code, *de haered. vend.*, liv. 2.

3. Labbé, note sous Cass. S. 1888. I. 242; Aubry et Rau, § 359 *ter*, note II; Luzzatto, *op. cit.*, I, p. 102; Vitalevi, *op. cit.*, § 349; Ricci, *Corso*, IX, p. 272. Voir aussi Guillouard, *Vente*, II, n° 859. Cf. Laurent, XXIV, n° 571 et Toulouse, 14 déc. 1850, S. 1851. II. 102. Voir aussi art. 339 du Code civil espagnol.

4. C'était la solution du § 2372 de l'ancien Code saxon.

(*Erbrechtliches Rechtsgeschäft*) (1). Reconnaissons d'ailleurs, que les auteurs allemands expliquent assez mal cette différence de régime en alléguant que le législateur a voulu donner au cohéritier la faculté de se libérer complètement des liens trop étroits de la communauté héréditaire du *B. G. B.* qui repose sur les principes assez peu souples de la *Gesammte Hand* (2).

Mais de ce que la cession partiaire d'hérédité par le cohéritier allemand implique le transfert de sa position patrimoniale, il ne s'en suit pas qu'elle entraîne la transmission du titre de cohéritier, ainsi que l'ont soutenu certains commentateurs du *B. G. B.* en étendant jusqu'à ses plus extrêmes limites la notion de succession aux biens (3).

La majorité de la doctrine germanique est, en effet, à peu près unanime pour reconnaître que le titre de cohéritier est rigoureusement incessible (4). Le cessionnaire d'une quote-part d'hérédité n'acquiert pas plus la qualité d'héritier que le cessionnaire d'un droit de créance celle de contractant ou que le cessionnaire d'un legs celle de

1. En ce sens, l'ancien droit prussien Landr., I, II, § 445; Planck, sur le § 2033 du *B. G. B.*, note 2 c. Cf. Wendt, *Verfügung über Erbschaftsanteile* dans l'*Archiv für die Ziv. Praxis*, 89, p. 420 et s.

2. Au contraire, dans la société ordinaire, où domine l'*intuitus personæ*, la cession des parts sociales est interdite (Planck, sur le § 2033, 2 c.).

3. Voir notamment Endemann (*Lehrb. des bürgerl. Rechts*, III, p. 362) qui voit dans la cession une sorte de substitution. Voir aussi Pringsheim, *Die Rechtsstellung des Erwerbers eines Erbanteils*, p. 34, rem. 3.

4. Planck, *op. cit.*; Strohal, *op. cit.*, 3^e éd., II, § 64, note 20.

légataire. La cession ne peut donc être assimilée, dans ses effets juridiques, à une substitution (1).

Nous ne voulons pas insister outre mesure sur ces considérations d'ordre général. Qu'il nous suffise de constater qu'elles ne sont pas dépourvues de tout intérêt pratique. Du principe de l'inaliénabilité de la qualité de cohéritier, découlent en effet, des conséquences importantes. C'est ainsi que le cessionnaire allemand d'une quote-part d'hérédité ne pourra demander la délivrance à son nom d'un certificat d'héritier. Dans les mêmes circonstances, le cessionnaire français ne pourra directement exiger des conjoints de son cédant le rapport qui était dû à ce dernier (2) ou exercer contre le cessionnaire d'un autre cohéritier le retrait successoral (3) puisqu'il s'agit là de prérogatives exclusivement personnelles. Il semble qu'il faille donner la même solution au sujet de l'accroissement résultant d'une renonciation à la succession effectuée par le cohéritier du cédant (4). La question avait fait dans l'ancien droit l'objet de nombreuses controverses. Certains auteurs voyaient dans l'accroissement un droit purement patrimonial qui passait à l'acquéreur de droits successifs (5) alors que d'autres y reconnaissaient une prérogative personnelle des cohéritiers (6). Les auteurs modernes (7) admet-

1. Strohal, *Anteil am ungeteilten Nachlass und Erbschein*, dans le *Festschrift Otto Giese zum 70 ten Geburtstag*, p. 924 s.

2. Argument : art. 857 C. civ.

3. Planiol, III, n° 2451.

4. Pothier, *Traité de la vente*, n° 545. Cf. Cazelles, *op. cit.*, p. 259.

5. Furgole, *Traité des testaments*, ch. 1, n° 94.

6. Ferrière, *Traité sur le Sénat. Cons. Trebellien*, n° 44. Voir aussi Cujas, livre 12 de ses *Observations*, ch. 13; Pothier, *de la Vente*, n° 545.

7. Voir à ce sujet l'article intéressant de Lagrange dans la *Revue Félix*, I, p. 128.

tent volontiers qu'il s'agit avant tout d'une question d'intention (1) mais alors que quelques-uns d'entre eux établissent une présomption d'intention en faveur du cessionnaire (2), les plus nombreux tranchent la difficulté au profit du cédant (3).

Signalons enfin que c'est l'incessibilité de la qualité d'héritier qui explique que le cohéritier, malgré la cession qu'il a pu faire de sa quote-part dans l'hérédité, reste responsable envers les créanciers du défunt de sa part dans les dettes successorales.

1. Laurent, *op. cit.*, XXIV, n° 575.

2. Marcadé, sur l'article 1696, n° 3 et Proudhon, *op. cit.*, II, n° 570.

3. Guillouard, *Vente*, II, n° 871; Aubry et Rau, V, § 359 *ter*, note 40.

CHAPITRE II

Les droits du cohéritier sur la masse successorale.

Le cohéritier possède sur la masse successorale un droit absolument distinct des prérogatives qui peuvent lui appartenir sur les effets héréditaires et dont nous étudierons successivement la nature et le contenu.

SECTION A. — NATURE JURIDIQUE DU DROIT DU COHÉRITIÉR SUR LA MASSE

La quote-part du cohéritier sur la masse indivise (*Anteil am Nachlass*) est le droit qui lui appartient sur la succession considérée comme universalité juridique.

Nous avons vu comment cette notion d'universalité inconnue du droit romain primitif n'était qu'une manifestation de l'idéologie philosophique hellénique que les compilateurs de Justinien avaient insérée dans les *Pandectes* en recourant à un travail systématique d'interpolations. Les préoccupations ontologiques de la scholastique du moyen âge devaient donner à cette conception un développement inattendu par une distinction précise des *universitates personarum* et des *universitates rerum* (1). L'on sait que c'est à Bartole qu'il convient de faire remon-

1 Arnaldo Lucci, *Dottrina delle universitates rerum nel diritto medievale* (*Archivio giuridico*, 73, p. 305).

ter la différenciation des *universitates facti* et des *universitates juris* (1).

L'on admettait que l'*universitas juris* pouvait être l'objet d'un *judicium universale* ainsi que d'une *reivindicatio generalis* et qu'elle comportait une large application des phénomènes de subrogation réelle.

Cette notion fut recueillie respectueusement par les interprètes modernes (2) dont la plupart s'obstinent à traiter l'*universitas juris* comme un objet incorporel (3). Ce n'est qu'assez récemment que les jurisconsultes allemands reprirent la question pour résoudre l'antinomie des *universitates facti* et des *universitates juris* et dénier à ces dernières toute valeur d'existence, en tant qu'objet juridique autonome. L'unité de l'universalité juridique est strictement conceptuelle et les effets qu'on lui rattache s'inspirent exclusivement de considérations techniques d'économie juridique (4) dominées par la notion d'affectation (5).

C'est à cette conception d'universalité juridique que les législations contemporaines et, en particulier, notre jurisprudence française rattachent le concept de masse héréditaire.

1. Lucci, *op. cit.* Cf. la doctrine allemande et principalement Birkmeyer, *Das Vermögen im juristischen Sinne*, p. 104, n° 3.

2. Voir en France, Dumoulin, *Tract. de usura*, passim; Renusson, *Subrogation réelle*, I, passim.

3. Voir un bon exposé de la doctrine classique dans Aubry et Rau, IX, § 574. Voir aussi Tendi, *Le universitates rerum nel diritto italiano* et Chironi, *op. cit.*, I, p. 334.

4. Mühlenbruch, *Über die sogenannten juris et facti universitas* (*Archiv für die ziv. Praxis*, XVII, p. 321); Unger, *System des österr. allgem. Privatrechts*, I, § 57; Vangerow, *Pand.*, I, § 7.

5. Gazin, *op. cit.*, p. 260; Goubeaux, *op. cit.*, p. 37. Cf. Cour de Gand, 6 déc. 1904, *Pasicrisie belge*, 1905, II. 409.

ditaire (1). Cette construction n'est restée ignorée que du droit anglais qui a conservé jusqu'à nos jours un statut successoral diversifié suivant la nature des biens qui appartenaient au défunt (2).

Lorsque plusieurs héritiers se trouvent appelés simultanément à une même succession, chacun d'eux ne possède sur l'hérédité qu'une quote-part mais cette dernière participe, dans sa nature et dans ses attributs, des caractères généraux que l'on reconnaît à l'hérédité dévolue à un héritier unique.

Cette quote-part héréditaire s'exprime-t-elle en un droit réel portant sur un objet *sui generis*, ainsi que le veulent les partisans de la théorie classique de l'universalité juridique (3)? Est-elle, au contraire, un droit de nature incorporelle portant sur un objet purement conceptuel ainsi que le prétendent les novateurs qui la réduiraient volontiers à n'être qu'une sorte de créance du cohéritier contre ses consorts (4)? N'est-elle enfin, ainsi que le soutiennent

1. Voir notamment le § 1922 du *B. G. B.* et Cass. req. 16 avril 1889, S. 1891. I. 106.

2. Escarra, *op. cit.*, p. 22. Cependant la notion d'universalité paraît bien avoir été reconnue, sinon pour la succession immobilière (*law of descent*), du moins pour la succession mobilière (*law of distribution*). En ce sens Roguin, *Les successions en droit comparé*, I. § 64.

3. Cass. 21 janv. 1839, S. 1839. I. 87; Cass. 16 avril 1899, D. 1899. I. 260; Agen, 6 août 1852, S. 1852. II. 428; Orléans, 31 mai 1859, S. 1859. II. 591; Aubry et Rau, V, § 359, note 24; Duranton, IV, n° 236; Grenier, *Des Hyp.*, n° 158.

4. Bertauld, *Questions pratiques de Code Napoléon*, I, n° 331; Laurent, VI, n° 83. Cass. 23 juillet 1835, S. 1835. I. 484. Cette conception ne saurait être accueillie. La quote-part de droit successif n'a pas une nature différente de celle du droit successif appartenant à un héritier unique. Or il est bien évident que, dans ce dernier cas, l'on ne peut parler d'un droit de créance de l'héritier sur un tiers.

des esprits plus réalistes, qu'une expression commode pour désigner l'ensemble des prétentions du cohéritier sur la totalité des biens indivis (1) ?

Ce qui est sûr, c'est que, quelque indéterminé que puisse être son objet, cette quote-part héréditaire a suffisamment de réalité pour posséder une existence juridique absolument autonome (2).

SECTION B. — CONTENU DU DROIT DU COHÉRITIÉR SUR LA MASSE

Quelle est donc la valeur positive de cette quote-part qui appartient au cohéritier sur la masse héréditaire ? Il est bien évident que lorsque nous parlons ici de masse héréditaire, nous ne faisons pas allusion à un objet successoral distinct superposé à la collection des effets successoraux particuliers et qui posséderait par lui-même une valeur propre (3).

La vérité est que cette quote-part donne à son titulaire la faculté d'exiger, lors du partage, l'attribution à son profit d'une part proportionnelle du produit de la liquidation.

La quote n'a donc de valeur pratique que dans la mesure où elle investit celui qui peut l'invoquer du titre de copartageant, c'est-à-dire d'ayant-droit à un certain dividende dans la répartition de l'actif (4) d'une succession déterminée.

1. Roguin, *op. cit.*, § 69.

2. Cour d'Appel de Dijon, 14 déc. 1911, *Gaz. Trib.*, 1912. I. 165.

3. Dijon, 2 déc. 1903, S. 1905. II. 94. Cf. Toulouse, 11 février 1888, S. 1890. II. 222.

4. Cass. 20 juin 1887, S. 1887. I. 408.

Cette conception essentielle entraîne une double conséquence. En premier lieu, le fait que la quote-part héréditaire n'est, en définitive, qu'un droit à une valeur éventuelle permet d'expliquer que cette quote n'a qu'un caractère exclusivement patrimonial et qu'elle ne comporte en aucune façon les prérogatives attachées à la qualité personnelle de cosuccesseur. Elle ne consiste pas, ainsi qu'on l'a quelquefois prétendu, dans le droit de se porter héritier.

D'autre part, nous avons dit que la quote-part donnait droit à un certain dividende dans la distribution de l'actif d'une succession déterminée. Nous entendons par là qu'elle porte sur une masse juridique nettement caractérisée. Il en résulte que lorsque plusieurs héritiers sont appelés simultanément à recueillir plusieurs successions, chacun d'eux n'a droit, en réalité, qu'à une quote-part de chacune d'elles et non pas à une quote-part de la masse des successions confondues (1). Notre jurisprudence a tiré de ce principe un certain nombre de conséquences importantes au point de vue du droit civil (2) et du droit international privé (3) et n'en écarte l'application que lorsque la liquidation globale de plusieurs hérédités est exigée par l'intérêt commun des parties (4).

1. Cass. 15 janv. 1879, S. 1879. I. 116; Trib. civil Marseille, 5 fév. 1902, Jur. civ. Marseille, 1902, 334. On admet, au contraire, en Italie, que la liquidation de plusieurs successions en une opération globale est valable sous réserve du droit des tiers. Cass. Palerme, 26 juin 1902, *Circ. giur.*, 1902. I. 233.

2. Voir notamment au point de vue de l'exercice du retrait, Cass. 14 déc. 1908, S. 1908. I. 497 et note Lyon-Caen.

3. Cass. 24 nov. 1911, S. 1914. I. 166.

4. Cass. 30 mai 1911, *Gaz. trib.*, 15 juin 1911. Cf. au point de vue de la pratique notariale, l'article 18 du décret du 25 août 1898 sur le notariat (Sirey, *Lois ann.*, 1900, p. 955).

Si l'objet essentiel de la quote-part d'hérédité consiste dans la faculté pour son titulaire de réclamer l'attribution d'une part du produit net de la liquidation, il ne faut pas en conclure que le droit partiaire du cohéritier sur la masse ne se manifeste qu'au moment du partage.

En effet, on doit attribuer au coparticipant dans la masse indivise tous les avantages de la saisine de droit à partir du jour de l'ouverture de la succession.

L'on sait que la saisine consiste en ce que l'héritier est investi de plein droit (1), au moment même du décès, non seulement de la propriété, mais même de la possession civile des objets héréditaires (2). Or, l'on admet aujourd'hui, en France, que lorsque l'hérédité est dévolue à plusieurs successeurs, ceux-ci en sont saisis d'une manière indivisible (3). Le cantonnement du droit du cohéritier qui s'effectue conformément à l'adage *concurso partes fiunt* n'a d'effet que dans les rapports des cohéritiers (4) entre eux et non pas dans les relations de ces derniers avec les tiers (5).

De ce principe du droit français découlent une série de

1. Cette possession fictive doit être distinguée de la possession réelle de l'hérédité, qui a une valeur infiniment supérieure. C'est ainsi que le cohéritier qui, en fait, est possesseur de l'hérédité peut invoquer l'imprescriptibilité de l'action en partage. Le cohéritier qui n'a pas la possession réelle doit exercer contre son consort la pétition d'hérédité qui se prescrit par 30 ans (Voir à ce sujet plaidoirie de Dupin jeune sous S. 1834. II. 425).

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 609 et note 14.

3. Aubry et Rau, § 609, note 22 ; Laurent, IX, n° 232 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, I, n° 167. Montpellier, 2 juin 1888, D. 1889. II. 188 ; Limoges, 8 juin 1907, *Rec. Riom*, 1907, p. 242 ; Lyon, 9 janv. 1908, *La Loi*, 1908, p. 437. Cf. Lebrun, *op. cit.*, livre 3, ch. 4, n° 70 ; Demolombe, XIII, § 148 et l'article 747 du Code civil.

4 et 5. Sous la réserve de l'article 1220 du Code civil.

conséquences relatives à l'administration de la succession (1), à certains effets de représentation mutuelle des cohéritiers à l'égard des tiers (2), à l'application des règles sur l'accroissement (3), à l'indivisibilité du régime de l'acceptation bénéficiaire (4) et à l'indivisibilité du gage des créanciers successoraux sur la masse héréditaire jusqu'au jour du partage.

Signalons enfin que le problème de la divisibilité ou de l'indivisibilité de la saisine ne se pose pas dans les législations germaniques qui ne connaissent qu'une saisine collective (5) et dans lesquelles les cohéritiers sont saisis en commun des droits successoraux jusqu'au jour de la liquidation.

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 164.

2. Fuzier-Hermann, Code civil annoté, sous l'art. 724, nos 23 et s.

3. Hureaux, *op. cit.*, IV, p. 303, note 1.

4. Aubry et Rau, § 619, note 74. Marseille, 13 nov. 1907, *Gaz. Trib.*, 19 mars 1908.

5. Sur la saisine en Allemagne au cas de pluralité d'héritiers voir Planck, *op. cit.*, p. 246.

Dans le sens de la saisine collective des cohéritiers, voir Luzzatto, *op. cit.*, II, p. 101.

CHAPITRE III

Les droits du cohéritier sur les valeurs héréditaires particulières.

Il est assez difficile au point de vue de la théorie classique de déterminer exactement quels sont les droits qui appartiennent au cohéritier sur les objets successoraux particuliers. Ces droits s'exercent naturellement par des actes. Or, dans le domaine ordinaire du droit, l'illicéité d'un acte se reconnaît généralement à la réaction immédiate du droit violé. Au sein d'une communauté juridique, au contraire, l'enchevêtrement des droits est tellement touffu que l'illicéité d'un acte accompli par un communiste ne se traduira juridiquement que par la mise en jeu de la responsabilité de ce dernier qui se chiffrera dans les colonnes de l'état de liquidation. Il n'est donc pas exagéré de prétendre que cet état représente en raccourci et sous une forme comptable toute l'histoire interne de la communauté. Dans ces conditions, il ne peut s'agir pour nous d'étudier les droits du cohéritier sur les objets indivis en les rattachant à des conceptions juridiques abstraites. Il convient de se placer à un point de vue purement objectif et d'examiner quelles sont les prérogatives qui, en fait, appartiennent au cosuccesseur dans le fonctionnement concret de l'administration, de l'utilisation, de la jouissance et de la possession des biens héréditaires.

SECTION A. — L'ADMINISTRATION DES BIENS INDIVIS

§ 1. — *Le principe d'autonomie individualiste de la théorie classique.*

Doit-on renouveler un bail, continuer l'exploitation d'un fonds de commerce, modifier le régime de culture d'un domaine agricole, opérer la réfection d'un édifice qui menace ruine, etc. ?.. autant de questions pratiques (1) qui peuvent se poser au jour du décès et à propos desquelles les cohéritiers peuvent avoir des opinions différentes et même opposées (2).

L'individualisme radical du Code civil qui condamnait l'indivision au nom de principes économiques a négligé d'en réglementer le fonctionnement (3). Le législateur a cru que le meilleur moyen de trancher les différends qui s'élèvent entre les cosuccesseurs consistait à donner à chacun de ces derniers le droit d'exiger le partage *ad nutum*. En présence d'une telle vacance, force a été aux interprètes de recourir aux principes généraux de la tradition romaine. C'est ainsi qu'ils furent amenés à étendre à notre droit actuel l'application de l'antique adage *in re*

1. Faut-il rappeler ici le paradoxe de Laurent (XXII, p. 440) qui estimait que du moment où la communauté était un état passif, il n'y avait rien à administrer ?

2. Les cohéritiers se désintéressent en fait de l'administration lorsque la succession est grevée d'un usufruit universel (Donnedieu de Vabres et Nast, *Vie juridique du Français*, II, p. 221).

3. Rémond, Du régime successoral de la petite propriété (15^e congrès de la propriété bâtie, 1911, *Recueil*, p. 168).

enim pari, potiolem causam esse prohibenti constat (1) et à subordonner la validité des actes d'administration des objets successoraux au consentement unanime de tous les cohéritiers. Emprisons-nous de reconnaître qu'un tel résultat ne fait qu'organiser la stagnation et l'inertie et qu'il peut conduire aux résultats les plus scandaleux (2). En effet, il s'écoule toujours un certain intervalle de temps entre l'ouverture de la succession et le partage qui, quelquefois, ne pourrait s'effectuer que dans des conditions désastreuses. Pendant cette période, la nécessité d'une administration rationnelle des biens indivis s'impose.

Aussi, comprend-on que la plupart des législations n'ont pas voulu suivre sur ce point l'indifférence de notre Code civil. Certaines d'entre elles ont conservé le souvenir d'anciennes traditions patriarcales qui s'étaient perpé-

1. Laurent, XXVI, n° 440; Guillouard, *op. cit.*, n° 350. Cass. 22 nov. 1852, S. 1853. I. 73; Trib. de la Réunion, 2 juin 1899, *Le Droit*, 21 sept. 1899. Pour les actes d'innovation, voir Aubry et Rau, *op. cit.*, § 221, note 8. Cass. 28 fév. 1894, S. 1896. I. 209, note Lyon-Caen; Cass. 21 nov. 1898, S. 1899. I. 334; Cass. Rome, 5 mai 1909, *Legge*, 1909, 1041.

Voir spécialement en matière de bail, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Traité du louage*, I, n° 401. Le bail consenti par un communiste sans le consentement de ses consorts n'est pas opposable à ces derniers qui peuvent en demander l'annulation pour le tout, Cour de Douai, 13 nov. 1921, *Rec. Douai*, 1922, p. 301. Toutefois le cohéritier qui désire donner à bail la chose commune pourra vaincre la résistance de ses consorts, soit en demandant la licitation du bail, soit en les sommant à comparaître par devant notaire pour souscrire un bail à un prix déterminé à moins qu'ils ne présentent un preneur à des conditions plus avantageuses (Agnel et Fortier, *Code des propriétaires et locataires*, n° 33, note 2). Pour la résiliation du bail, le principe de l'unanimité est absolument requis.

2. Voir notamment l'espèce sur laquelle a statué la Cour de cassation par son arrêt du 28 février 1894, précité.

tuées dans nos anciennes coutumes de Normandie et de Bretagne où l'on réservait au fils aîné la saisine et l'administration des biens héréditaires. C'est ainsi que, dans le droit civil portugais, l'hérédité est administrée par un chef de famille (*cabeço de casal*), véritable administrateur salarié (1).

Tout aussi archaïque nous apparaît aujourd'hui le système de l'administration alternative qui fut pratiqué autrefois par certaines coutumes germaniques (2).

En réalité, le progrès technique s'est réalisé ici en obéissant à une double inspiration : à l'extension à la communauté héréditaire des règles de la société et à l'interventionnisme judiciaire.

§ 2. — *L'extension à la communauté héréditaire des règles de la société.*

L'extension à la communauté d'héritiers (3) des règles de la société a porté sur deux pièces essentielles du régime sociétaire : la représentation mutuelle des participants et le principe majoritaire.

a) Le mandat réciproque entre associés, tel qu'il est consacré par l'article 1859 du Code civil trouve une explication nécessaire et suffisante dans la notion d'*intuitus personæ*. Aussi comprend-on que la théorie classique

1. C. civ. portugais, article 2082 et s. Le chef de famille est en principe le consort survivant, ou, à son défaut, l'enfant qui vivait avec le défunt, puis les autres parents, en respectant les privilèges d'ainesse et de masculinité.

2. Wippermann, *Ganerbschaften*, p. 13.

3. Le Code portugais étend à la *communio incidens* les principes de l'administration des sociétés civiles (art. 1270 et 2179).

ait refusé de l'étendre à la communauté héréditaire ou testamentaire (1) sauf dans les cas où il s'agit d'un mandat exprès conféré à l'un des cohéritiers par ses consorts ou par le défunt, ce qui arrive assez fréquemment dans les successions importantes (2) où il comprend quelquefois la faculté d'aliéner le mobilier pour payer les dettes héréditaires et celle de renouveler les baux ou de consentir des hypothèques.

Remarquons, d'ailleurs, que les héritiers peuvent se mettre d'accord pour confier à un notaire le mandat d'administrer (3). Afin d'éviter le conflit qui pourrait résulter en la personne du notaire de sa double qualité d'officier ministériel et de mandataire des cosuccesseurs, la pratique recourt fréquemment à un subterfuge qui consiste à faire signer à chaque communiste une procuration en blanc que le notaire applique ensuite à une personne qui se trouve à sa dévotion, l'un de ses clercs généralement.

Dans les grosses successions, le notaire a généralement la garde des valeurs mobilières (4) dont il touche les coupons et les intérêts qui lui servent à liquider le passif courant. Sa gestion se termine par un règlement de comptes et il ne peut être déchargé de sa responsabilité

1. Aubry et Rau, § 221 et note 9; Demolombe, XV, n° 484. Cass. 13 mars 1866, S. 1867. I. 333; Chambéry, 18 janv. 1887, *Fr. jud.* 1890. II. 209. Voir cependant références, contraires critiquées par Laurent, X, n° 216.

2. Donnedieu de Vabres et Nast, *op. cit.*, II, p. 197 s.

3. Le notaire n'agit que sur désignation des intéressés sauf dans le cas prévu par l'article 112 du Code civil.

4. Sur l'application des règles de l'art. 378 du C. pénal relatif au secret professionnel, voir Riom, 21 mars 1902, D. 1903. II. 209.

éventuelle que par un quitus collectif des cohéritiers (1).

Au cas où l'un des successeurs effectue des actes d'administration sans le consentement de ses consorts, ces actes peuvent être rétroactivement validés par une ratification de ces derniers conformément aux principes de la *negotiorum gestio* (2). Mais, au cas où cette rectification ne se produit pas, peut-on considérer cependant que l'acte de gestion utile est opposable aux indivisaires? On l'a soutenu quelquefois en faisant appel à la fiction de mandat tacite (3). C'est en recourant à ce procédé technique que notre jurisprudence est parvenue à valider l'acte d'administration individuel lorsque le cohéritier agit au su de ses consorts sans opposition de leur part (4) et lorsque la conduite de ces derniers indique qu'ils avaient approuvé ou toléré la mesure entreprise. Nos tribunaux sont allés même jusqu'à attacher objectivement ce caractère de mandat tacite aux opérations de gestion particulièrement favorables, telles que les mesures conservatoires (5) qui sont des actes d'administration nécessaires et

1. Cass. 24 juin 1903, S. 1908. I. 73 ; Bernay, 1^{er} fév. 1910, *Gaz. Trib.*, 29 avril 1910.

2. Cass. 12 février 1894, S. 1894. I. 485.

3. Duranton, XIII, n° 528 ; Eug. Huber, *Exposé des motifs de l'avant-projet du Code Fédéral suisse*, p. 119 de la traduction française.

4. Cass. 15 juin 1867, S. 1868. I. 9 ; Trib. de Sousse, 22 oct. 1903, *Journal des Tribunaux de Tunisie*, 1903, 85 ; Cass. Naples, 40 juin 1882, *Gazz. Proced.*, 17,346. Voir applications intéressantes en matière d'assurances, Limoges, 6 fév. 1883, Sumien, I. 223 ; Trib. com. Lille, 1^{er} juin 1896, *Nord judic.*, 1896, 278.

5. Cass. 16 déc. 1831, S. 1832. I. 246 ; Rouen, 16 mars 1871, *Rev. not.*, art. 4081 ; Paris, 10 mai 1903, *Rec. de jur. immob.*, 1906, p. 295. § 744 et 2038 du *B. G. B.* ; Planck, V p. 183, rem. 2.

les actes simplement utiles (1), en raison de considérations tirées de l'intérêt commun des héritiers (2). Ils ont fait de fréquentes applications de cette idée notamment en matière d'assurance (3) et de location (4).

Cette fiction de représentation tacite ne trouve en réalité de limite que dans l'interdiction au cohéritier de se livrer à un acte quelconque d'innovation (5).

b) L'organisation technique du fonctionnement interne de la communauté d'héritier a eu recours également au principe majoritaire que l'on reconnaît aujourd'hui comme l'expression nécessaire des besoins d'une administration des patrimoines collectifs par délibération organisée (6).

Le principe majoritaire heurte évidemment de front les conceptions antiques qu'exprime la maxime cicéro-

1. Cf. Planck, n° 3 sur le § 744.

2. En ce sens, la jurisprudence italienne : Paterno, *op. cit.*, p. 411 et 413.

3. Limoges, 16 février 1883, *Sumien*, 1, 2, 23. L'assuré doit déclarer si la chose lui appartient en totalité ou en partie seulement sous peine de déchéance de la police (Cass. 30 mars 1892 et 7 mars 1898, *Sumien* I. 1, pp. 419 et 497 ; Trib. civ. Montdidier, 13 déc. 1906, *Rec. Amiens*, 1907, 78). Il n'en est autrement que 1° lorsqu'il est établi que l'assureur connaissait l'état d'indivision (Cass. 7 mars 1898 précité) ; 2° lorsque l'assuré est devenu par l'effet rétroactif du partage, propriétaire exclusif de l'objet assuré (Paris, 5 mai 1898, *Sumien*, I. II. 569) et 3° lorsqu'il a été fait en temps utile une déclaration rectificative acceptée par la compagnie d'assurances (Montpellier, 23 juillet 1896, *Sumien*).

4. Seine, 6 mars 1908, *Gaz. Trib.*, 4 juillet 1908 : Cf. Cour de Douai, 7 mai 1914 (*Rec. Douai*, 1914).

5. Arg. art. 1859 C. civ. ; Trib. Chambéry, 10 mai 1910, *Le Droit*, 2 juillet 1910 ; Trib. Marseille, 30 juin 1910, *Jur. civ. Marseille*, 1910, 476 ; Cass. Rome, 5 mai 1909, *Legge* 1909, 104.

6. Art. 28 de la loi du 24 juin 1865 sur les sociétés. Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, *Rev. trim. de Droit civil*, 1907, p. 277.

nienne : *omni in re omnium gentium consensus lex natura putenda est* (1). Il n'en est pas moins vrai que sa valeur technique est suffisamment établie pour que le législateur ait cru nécessaire de le consacrer dans les indivisions pourvues d'un certain caractère de permanence telles que les sociétés maritimes de quirataires (2) et dans les indivisions prévues par la récente législation sociale sur les habitations à bon marché (3).

Ce principe majoritaire a eu une singulière fortune dans les communautés du droit germanique. La *Gesammte Hand* qui exigerait théoriquement l'assentiment préalable de tous les intéressés pour tout acte concernant la chose commune est pratiquement inapplicable en ce qui concerne les opérations de gestion. La théorie de la main commune est une institution archaïque vraiment trop dépourvue de souplesse pour se prêter à l'organisation d'un régime d'exploitation économique. Les germanistes les plus radicaux ont été contraints de le reconnaître (4); mais comme le droit commun allemand ne leur fournissait que sa technique romaniste dont l'insuffisance était évidente (5), les commissions de codification firent passer l'organisation majoritaire des traditions prussienne et saxonne (6) dans le nouveau paragraphe 745 du *B. G.*

1. Cicéron, *Tusculanes*, I. 13. 20.

2. Art. 220 C. com.

3. Art. 8, 2^o de la loi du 12 avril 1906. Voir aussi pour le législateur de guerre l'article 40 de la loi du 17 avril 1919 sur la réparation des dommages de guerre et trib. de Lille, 3 juillet 1920, *Rec. Douai*, 1921, 312.

4. Planck, V, p. 248.

5. *Motifs*, V, p. 687; Windscheid, *op. cit.*, III, § 608.

6. Voir notamment art. 331 de l'ancien Code saxon.

B. (1). L'art. 833 du Code autrichien, l'art. 104 du Code monténégrin, l'art. 678 du Code italien (2) contiennent des dispositions analogues et l'individualisme britannique lui-même a su faire fléchir la rigueur de ses préjugés lorsque les *Partition Acts* de 1868 et de 1876 ont décrété que les cohéritiers, dont l'ensemble des intérêts était supérieur à la moitié de la valeur totale de la succession, pourraient imposer à la minorité la licitation des biens indivis devant la *Court of Chancery* (3). Par contre, alors que le principe majoritaire était consacré par la plupart des anciennes législations cantonales suisses (4), le nouveau Code fédéral suisse de 1911 a introduit, en matière d'administration successorale, le principe de l'unanimité (5) en restreignant le domaine d'application du principe traditionnel à la simple communauté ordinaire (6).

La difficulté consiste évidemment à assigner une limite à ce pouvoir de la majorité (7). Certaines législations admettent que la volonté de la majorité ne peut revenir sur l'organisation d'un régime d'indivision conventionnelle voté par l'unanimité des cohéritiers (8) et qu'elle ne peut

1. Sur le fonctionnement du principe majoritaire, voir Planck sur le § 2038 n° 1 ; Strohal, *op. cit.*, II, § 64.

2. Vitalevi, II, n° 393 ; Paterno, *op. cit.*, n° 157.

3. 31 et 32, Vict. c. 40 ; 39 et 40, Vict. c. 17.

4. Voir notamment Zurich, § 112 ; Berne, § 396 ; Lucerne, § 244.

5. Art. 653, al. 2. Voir cependant art. 641, al. 2. Lors des travaux préparatoires une proposition de M. Isler, député d'Aarau, d'étendre le principe majoritaire à l'administration de la succession indivise fut repoussée par 15 voix contre 10 sur le rapport de Huber (Rapp. de la commission d'experts, II, p. 23).

6. Art. 647.

7. Cf. la question de la détermination des pouvoirs de l'assemblée générale d'actionnaires dans une société anonyme.

8. Art. 675 du Code italien : la nomination d'un administrateur

rien entreprendre contre le droit propre du cosuccesseur, pas plus qu'elle ne pourrait effectuer des actes d'aliénation ou d'innovation qui se heurteraient au caractère intangible du *jus prohibendi* (1).

Reconnaissons cependant que d'autres législations ont été plus hardies. C'est ainsi que les anciennes codifications des cantons suisses donnaient à la majorité le pouvoir de faire des actes d'innovation à la responsabilité desquels la minorité ne pouvait se soustraire que par le délaissement de l'objet commun (2). Aujourd'hui encore, les *Partition Acts* de 1868 et de 1876 accordent à la majorité le droit d'imposer la licitation à la minorité dissidente et le § 834 du Code autrichien de même que l'article 105 du Code du Monténégro lui donnent toute liberté d'exécuter les travaux dont elle aurait décidé l'entreprise.

Reste à savoir si ce régime majoritaire est conciliable avec l'esprit de notre droit français positif (3). Remarquons, en premier lieu, qu'il n'est pas resté étranger aux préoccupations des rédacteurs du Code civil puisque l'article 842 al. 2 et surtout l'article 826 du Code civil n'en sont que des applications incontestables. Le dernier de ces deux textes n'autorise-t-il pas, en effet, la majorité des cohéritiers lorsqu'il s'agit de liquider les dettes successorales, à recourir à une véritable procédure d'aliénation forcée (4) alors même que la minorité prétendrait écarter

par l'unanimité des cohéritiers ne peut être révoquée par la majorité. Bianchi, *op. cit.*, p. 876, *Contra Luzzatto*, I. p. 55, note 4.

1. Art. 677 C. ital.; § 745 du B. G. B.

2. Berne, § 397; Lucerne, § 245.

3. Pour l'ancien droit voir Lebrun, *op. cit.*, IV, I. 23.

4. Certains auteurs parlent de majorité en nombre (Planiol, *op. cit.*, III, n° 2361) alors que d'autres parlent de majorité en souche

les effets de cette expropriation en s'offrant à payer sa part dans les dettes communes (1) ? Au surplus, ne serait-il pas possible de justifier le principe lui-même en reconnaissant que là où il y a des intérêts communs, il doit exister une délibération commune (2) ?

La plupart des auteurs estiment, cependant, que l'article 826 est un texte tellement exceptionnel qu'il doit être restreint à l'hypothèse précise qu'il prévoit (3). Il faut bien reconnaître, en effet, que le système majoritaire est en opposition flagrante avec notre tradition classique suivant laquelle un droit de propriété, quelque minime que soit la part sur laquelle il porte, est aussi respectable que celui qui affecte une part plus considérable ou qui même embrasse la chose entière (4). Aussi comprend-on, tout en le regrettant, que notre jurisprudence ait consacré le régime traditionnel de l'unanimité (5), c'est-à-dire celui du *liberum veto*, bien que certains tribunaux aient quelquefois accueilli les désirs de la majorité à titre d'indications ou de renseignements (6) mais en ayant soin de

(Toullier, IV, n° 416). Pour les questions relatives au partage par souches, voir Douai, 4 janv. 1903, *Le Droit*, 12 fév. 1903.

1. Cf. les travaux préparatoires (Fenet, *op. cit.*, p. 147).

2. Guillouard, *Société*, n° 392.

3. Pau, 13 juillet 1886, D. 1887. II. 178 ; Nancy, 4 mars 1903, *Rec. Nancy* 1903, p. 110.

4. Lyon-Caen, note au S. 1896. I. 209 ; Huc, *Introduction au Code civil it.*, p. 146 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 539 ; Demogue, *Rev. Trim. de Dr. Civ.*, 1907, p. 270.

5. Cass. 13 mai 1885, S. 1887. I. 220 ; Chambéry, 4 déc. 1906, *Gaz. Trib.* 12 fév. 1907. Cf. Paris, 24 pluviôse an XII et Lyon, 30 nivôse an XII, Sir. chronol.

6. Application à la désignation du notaire liquidateur (Orléans, 28 déc. 1906, *Le Droit*, 19 fév. 1907) et à l'organisation des funérailles du défunt (Trib. civ. Seine, 7 janv. 1904, *Gaz. trib.*, 10 janv. 1904).

faire échapper leurs décisions au contrôle de la Cour de cassation (1).

§ 3. — *L'interventionnisme judiciaire.*

Le magistrat peut participer à l'administration de la communauté indivise à trois titres différents : comme arbitre des difficultés qui peuvent s'élever entre communistes, comme organisateur d'une administration défectueuse et comme représentant des tiers.

A) L'on peut concevoir tout d'abord que le législateur réserve au magistrat le soin de trancher les conflits qui peuvent s'élever entre communistes à l'occasion de l'administration du bien commun (2). En droit français, certains auteurs se refusent à reconnaître au juge une telle prérogative et estiment que le droit pour le cohéritier de demander le partage *ad nutum* constitue pour lui une garantie suffisante (3) ; ils en concluent que le magistrat ne peut intervenir dans les conflits entre héritiers que lorsque ce droit d'exiger le partage n'existe pas, c'est-à-dire au cas d'indivision forcée (4). Cependant, l'arbitrage judiciaire peut s'autoriser en France de précédents séculaires (5) et l'article 822 du Code civil y fait une allusion des mieux caractérisées.

1. Cass. 2 déc. 1872, S. 1874. I. 62.

2. Art. 678 C. italien ; Luzzatto, *op. cit.*, I, 63 ; § 745 du B. G. B. Dans ce cas, la législation suisse a tranché le conflit en prévoyant la désignation par l'autorité d'un représentant de la communauté (Escher, *op. cit.*, III, 277).

3. Piédelièvre, *Bull. Soc. Et. Législ.*, 1905, p. 236 ; Huc, *op. cit.*, p. 148.

4. Toullier, III, n° 649 *bis* ; Cass. 14 juin 1895, *Le Droit*, 27 juin 1895.

5. Beaumanoir, *op. cit.*, ch. XXII, n° 8.

A la vérité, ce problème de l'arbitrage judiciaire entre cohéritiers peut être ramené à cet autre plus général : le *jus prohibendi* est-il absolu ou relatif ?

Personne ne conteste qu'il soit nécessaire d'apporter quelques restrictions au droit du communiste, ne serait-ce qu'au regard des actes conservatoires dont l'appréciation peut légitimement appartenir à l'autorité judiciaire (1).

Mais faut-il étendre ce pouvoir d'appréciation judiciaire de la légitimité du *jus prohibendi* aux simples actes d'administration ordinaire ? Notre Cour de cassation s'y refuse obstinément (2) bien que quelques décisions de tribunaux, plus hardies (3), se soient montrées assez disposées à étendre leur contrôle à toutes les oppositions qui ne seraient pas motivées par un acte d'innovation. Mais ces solutions mixtes qui prétendent établir un principe de classification rigide entre les actes de conservation, d'administration et de disposition ne sont guère conformes aux données de la réalité (4). Il ne s'agit pas en effet d'étudier le caractère objectif d'un acte déterminé mais d'apprécier sa valeur subjective qui est infiniment variable suivant le point de vue auquel on se place.

1. Voir, pour les scellés : Paris, 23 nov. 1892, *Journ. dr. int.*, 1895, p. 121 ; pour la nomination du notaire chargé de dresser l'inventaire : Riom, 21 janvier 1879, *Rev. Not.*, art. 8771 ; pour la garde et le dépôt des valeurs mobilières, Thaller, *Dr. com.*, n° 604. Faut-il conclure, dans ces divers cas, du caractère contentieux de l'intervention judiciaire à l'incompétence du juge des référés ? Voir à ce sujet, Riom, 9 nov. 1895, *Journal des notaires*, 1896, 294.

2. Cass. 28 fév. 1894, S. 1894. I. 209 ; Cass. 21 nov. 1898, S. 1899. I. 334.

3. Rennes, 22 janv. 1894, *Rec. d'Angers*, 1894, 62 ; Turin, 7 avril 1903, S. 1906, IV, 43.

4. Trib. de la Seine, 9 déc. 1899 sous Cass., S. 1905. I. 147 et Cass. Florence, 15 février 1909, *Legge* 1909, 749.

Il est des cas où un acte d'innovation peut apparaître comme une mesure de sage et prudente administration. Il existe, par contre, certaines mesures d'administration absolument ruineuses.

Aussi, comprend-on que nombre de décisions judiciaires aient abandonné à la fois le principe rigide de la Cour de cassation et les distinctions équivoques auxquelles nous venons de faire allusion. Si, au début du XIX^e siècle, les tribunaux commencèrent par interdire catégoriquement au cohéritier de faire la moindre innovation sans le consentement de ses consorts (1), ils ne tardèrent pas à autoriser ces innovations lorsqu'elles n'étaient pas susceptibles de dénaturer la chose commune (2) et ils vont même aujourd'hui jusqu'à les tolérer lorsqu'elles sont utiles à l'intérêt commun et qu'elles ne causent pas une trop grande gêne aux communistes de l'innovateur (3).

Désormais, le cohéritier doit souffrir un dommage pour pouvoir invoquer le *jus prohibendi*. Pas d'intérêt, pas d'action. Le *jus prohibendi* du communiste a cessé d'être absolu, son exercice injustifié constitue un abus de droit (4).

Au surplus, la règle *in pari causa* n'a pas été seulement modérée dans les conditions et les effets de son application, mais en outre, les tribunaux l'ont complète-

1. Grenoble, 12 janv. 1818, Devill, Coll. nouv. 5. II. 343.

2. Bourges, 16 janvier 1826, Devill, Coll. nouv. 8. II, 180; Toulouse, 30 mars 1828, S. 1829. II. 88.

3. Trib. Bordeaux, 6 mars 1895, S. 1897. II. 218; Grenoble, 27 juin 1899, D. 1899. II. 440.

4. Beaumanoir, *op. cit.*, XXII, n° 8; Hureau, *op. cit.*, IV. § 236. Metz, 6 fév. 1857, S. 1857. II. 44; Grenoble, 30 janv. 1906, *Le Droit*, 14 mai 1906. Voir aussi Cass. 30 mai 1911, *Gaz. Trib.*, 15 juin 1911.

ment écartée lorsqu'elle se serait exercée dans le sens d'une destruction de l'innovation réalisée.

Afin de refuser au communiste le droit d'exiger la destruction de l'innovation effectuée contre son gré ou de se réclamer des dispositions avantageuses prévues par l'article 555 au sujet des constructions élevées sur le terrain d'autrui (1), la jurisprudence a fondé sur le texte de l'article 553 du Code civil une présomption de propriété commune de la construction ou de l'édifice réalisé par l'innovateur (2).

Remarquons qu'il s'agit ici d'une présomption pratiquement irréfragable puisqu'elle ne cède pas devant la connaissance par l'innovateur de l'état d'indivision. Cette copropriété forcée des cohéritiers portant sur l'innovation réalisée par l'un d'eux est vraiment inattendue. Le procédé technique peut être discutable ; il n'en est pas moins avantageux dans l'ensemble. Il est très habilement complété par un système original de remboursement à l'innovateur des frais nécessités par ses actes d'amélioration. Il convient de signaler, à ce sujet, que ce remboursement, que la jurisprudence ancienne fondait autrefois sur le principe de la gestion d'affaires (3), se justifie aujourd'hui

1. Rennes, 28 janv. 1894, D. 1895. II. 378 ; Trib. Nantes, 22 avril 1910, *Gaz. Palais*, 1910. II. 41. Aujourd'hui, il est évident que l'indivisaire n'est pas un tiers par rapport à ses consorts. Cass. 20 déc. 1910, *Gaz. Trib.*, 28 mai 1911. Cass. Palerme, *Circolo giuridico*, 1909. I. 56. Cf. sur l'effet déclaratif du partage en cette matière Naquet, note sous S. 1912. I. 305.

2. Cass. 20 déc. 1910, S. 1912. I. 305 ; Cass. Rome, Legge 1907, 1665. Voir aussi Emmanuel Lévy, *Rev. Trim. de dr. civ.*, 1910, p. 633.

3. Cass. 13 décembre 1830, S. 1830. I. 24 ; Bordeaux, 11 déc. 1838, S. 1839. II. 351.

par la notion d'*in rem versio* (1). Cette solution est parfaitement juridique. En effet, il est juste de ne rembourser à l'innovateur que le montant de ses dépenses utiles dans la mesure où elles n'excèdent pas la plus-value existant effectivement au jour du partage.

B) Lorsque l'administration de l'indivision vient à être paralysée par la fréquence des contestations entre communistes, certaines législations étrangères telles que le code italien (2) et le code fédéral suisse (3), les législations américaine et espagnole (4), reconnaissent à chaque héritier le droit de demander la nomination d'un administrateur à la succession indivise.

Au point de vue de notre droit français (5), il semble bien que la rigueur des principes doive interdire au cohéritier de dépouiller ses consorts des droits d'administration qui leur appartiennent (6). En effet, les articles 112, 812 et 1691 al. 2 de notre Code civ. ne se réfèrent qu'à des cas d'espèce très précis et qui ne sauraient être étendus (7). Cependant, la jurisprudence ne s'est pas attardée à de tels scrupules et dix ans ne s'étaient pas écoulés depuis la promulgation du Code que la Cour Suprême consacrait déjà la validité de la nomination d'un

1. Bordeaux, 7 avril 1900. *Rec. Bordeaux*, 1901. I. 51; Cass. 20 déc. 1910, précité.

2. Art. 678, al. 2, C. civ. it. Cass. Turin, 23 avril 1884, *Legge* 25, 745.

3. Art. 602, al. 3 du Code féd. suisse. L'administrateur est essentiellement un liquidateur (Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 400; Escher, *op. cit.*, III, p. 278).

4. *Jour. de dr. int. privé*, 1892, p. 487 et 685.

5. L'administration judiciaire est imposée aux successions algériennes indivises par l'article 16 de la loi du 28 avril 1887.

6. Laurent, X, n° 225.

7. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, II, 2082.

administrateur à la succession sur requête de l'un des cohéritiers (1). Elle se bornait à déclarer qu'il ne s'agit là que d'une mesure conservatoire de la nature de celle prévue par l'article 779 du Code civil et qui rentre dans le pouvoir discrétionnaire qui appartient aux tribunaux (2).

Cette jurisprudence, malgré une légère résistance des Cours d'appel (3), a fini par triompher (4).

L'administrateur provisoire peut être nommé d'office lorsqu'il ne s'agit pas d'une succession internationale (5) et que le tribunal estime que cette mesure est conforme à l'intérêt commun des cohéritiers (6). Généralement, il est nommé sur requête. Cette nomination n'est plus subordonnée, comme elle l'était au début du XIX^e siècle (7), à la condition d'urgente gravité (8), mais elle implique des conditions d'utilité et de généralité. Nous entendons par

1. Cass. 21 fév. 1814 et 27 avril 1825, Dalloz, *Rép.*, v^o *Succession*, nos 1703 et 1705.

2. Cass. 13 janv. 1898, *Pand. franç.*, 1899. I. 170.

3. De Belleyme, *Ordonnances*, II, p. 322.

4. Cass. 10 février 1903 et 17 oct. 1906, S. 1903. I. 217 et S. 1907. I. 133. En ce sens, la jurisprudence belge : *Pand. Belges*, t. 52, v^o *Indivision*, n^o 66 ; H. Petit, *Liquidation et partage des successions*, Bruxelles, 1907, n^o 20.

5. Voir cependant Lacour, *Des administrateurs nommés par justice*, p. 73.

6. Cass. 13 janv. 1898 précité.

7. De Belleyme, *op. cit.*, I, p. 41 ; Bertin, *Chambre du Conseil*, II, § 1261 et 1262.

8. Demolombe, XV, n^o 485. Voir cependant Riom, 12 nov. 1883, D. 1885. II. 64. La condition d'urgence ne subsiste plus que lorsqu'il s'agit de faire désigner temporairement un administrateur séquestre par le juge des référés. Paris, 3 janv. 1891 et 9 fév. 1892, S. 1893. II. 113. Bordeaux, 29 juillet 1903, S. 1904. II. 233, *Pand. Belges*, *op. cit.*, n^o 72.

là que la nomination de l'administrateur est suffisamment justifiée lorsque les cohéritiers ne peuvent s'accorder sur l'administration de la succession (1) mais il doit être entendu que, dans ce cas, les pouvoirs de l'administrateur s'étendent à la succession toute entière. En effet, lorsqu'il ne s'agit que de mesures particulières, les tribunaux se contentent de désigner un séquestre dont la loi limite elle-même les attributions (2).

Les pouvoirs de l'administrateur sont généralement déterminés par le tribunal lui-même (3). Ils ne sont pas limités comme autrefois aux seuls actes d'administration urgente mais s'étendent également aux actes de gestion permanente qui sont relatifs à l'entretien des biens indivis (4). Il faut reconnaître, cependant, que la jurisprudence qui, à cet égard, avait fait preuve d'un libéralisme croissant au cours du xix^e siècle (5) adopte depuis quelque temps une attitude plus restrictive des droits de l'administrateur. Après avoir autorisé ce dernier à effectuer des actes de placement de capitaux et à exercer les actions en

1. Nancy, 19 fév. 1895, D. 1895. II. 433.

2. Argument, art. 1961 du Code civil. Bertin, *op. cit.*, II, p. 458. Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, n° 2085.

Sur l'extension progressive des pouvoirs du séquestre, voir Toulouse, 26 avril 1893, S. 1896. II. 232; Gênes, 27 déc. 1895, Tem. gen. 8, 25; Bourges, 19 avril 1899, *Pand. franç.*, 1900. II. 32; Louis Molard, supplément à Hébert, *Guide pratique des administrateurs judiciaires de succession*, passim.

3. Cass. 19 fév. 1889, S. 1889. I. 296; Cass. 10 février 1903, S. 1903. I. 217.

4. Application aux baux, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, § 2099. Pour les fonds de commerce, Trib. de com. de Marseille, 20 août 1907, *Gaz. Pal.*, 6 oct. 1907.

5. Demogue, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1904, p. 192; Lacour, *op. cit.*, 1898, p. 73.

justice au cas d'urgence et à titre conservatoire (1), elle paraît aujourd'hui s'y refuser (2).

En ce qui concerne la liquidation du passif héréditaire, la jurisprudence a tendance à reconnaître à l'administrateur le droit de transiger avec les créanciers successoraux (3). Elle est même allée jusqu'à l'autoriser à vendre un fonds de commerce afin d'éteindre le passif héréditaire (4) et à demander mainlevée des oppositions et inscriptions hypothécaires lorsqu'il pouvait justifier d'un motif plausible. Cependant nos tribunaux n'accordent à l'administrateur des fonctions de liquidateur-répartiteur que dans des cas assez rares, tout au moins lorsque la vacance de la succession n'est pas à présumer (5). Lorsque les héritiers sont connus et présents, ils lui refusent toujours tout pouvoir de disposition (6).

C) Nous avons vu précédemment comment les tribunaux étaient appelés à intervenir dans l'administration de la succession indivise dans l'intérêt commun des cohéritiers. Mais l'on conçoit également que la loi leur confère le pouvoir d'organiser une procédure de gestion contrôlée afin de sauvegarder les droits des tiers et, en particulier, ceux des créanciers successoraux. C'est ce que nous pour-

1. Paris, 4 juin 1894, *Gaz. Palais*, 1894. II. 157.

2. Paris, 30 juillet 1886, D. 1887. II. 37 de la note ; Bordeaux, 15 juillet 1901, sous Cass. S. 1903. I. 211 ; Bourges, 16 juin 1902, *Pand. fr.*, 1903. II. 288 ; Trib. civ. Marseille, 18 juin 1908, *Jur. civ.* Marseille, 1908, p. 406.

3. Lacour, *op. cit.*, p. 78 ; Bertin, *op. cit.*, II, n° 1269.

4. Voir ordonnances sur requêtes des 22 déc. 1893 et 11 mai 1897 dans Lacour, *op. cit.*, p. 72.

5. Lacour, *op. cit.*, I. p. 72.

6. Riom, 11 août 1886, D. 1887. II. 22 ; Gand, 9 juin 1907, *Mon. du notariat belge*, 1908, p. 189 ; Lacour, *op. cit.*, p. 81.

rons constater ultérieurement lorsque nous étudierons les procédés de liquidation du passif héréditaire.

SECTION B. — L'USAGE DES BIENS INDIVIS

Les droits d'usage sur les biens indivis sont assez difficiles à déterminer car l'usage d'un bien affecte la chose entière dans son intégralité corporelle et ne peut évidemment pas porter sur une quote-part intellectuelle. *Nam frui quidem pro parte possumus ; uti pro parte non possumus* (1).

Il faut bien reconnaître que, sur ce terrain, la théorie classique de la division atomique de la copropriété est dans l'impossibilité de nous fournir une solution satisfaisante.

Cependant, il faut se garder d'attribuer à l'adage que nous venons de rapporter une portée trop absolue et de croire que l'usage d'une valeur commune ne peut être effectif sans être privatif.

Certes, il en est bien ainsi dans la majorité des cas, mais il n'est pas impossible d'imaginer certaines valeurs dont l'usage peut appartenir simultanément à plusieurs titulaires. En laissant de côté certains droits d'un caractère extrapatrimonial (2), il est facile de concevoir qu'une faculté déterminée puisse être exercée en même temps par plusieurs individus. Mais ce qui importe, dans ce cas, c'est que la simultanéité de l'exercice de l'usage commun n'aggrave pas la situation des tiers.

Parmi les facultés qui se prêtent à une utilisation col-

1. Paul, D. 7, 8, 49.

2. Nom de famille, titres nobiliaires, etc...

lective, il convient de citer l'usage d'un puits, d'une source, d'un droit de chasse mais surtout cette forme moderne de la propriété que l'on appelle la propriété intellectuelle qui peut être exploitée avec ou sans communauté suivant que son exercice est subordonné ou non à un accord préalable des communistes.

A l'égard de la propriété littéraire, la loi italienne présume l'indivision sans communauté (1) alors que la loi belge semble présumer l'existence d'une propriété communautaire (2). En France, la propriété littéraire est régie conformément au droit commun en ce qui concerne la propriété et le partage (3) mais l'on reconnaît au communiste une certaine autonomie dans l'exercice du droit, notamment à l'égard de la poursuite en contrefaçon (4).

A l'égard de la propriété industrielle (5), la doctrine française est généralement hostile à toute exploitation libre et autonome du brevet d'invention par le commu-

1. Art. 5 de la loi du 19 sept. 1882. Application à la cession des mémoires du général Garibaldi par l'un de ses héritiers. Cass. Turin, 17 déc. 1910, Legge. 1911, 1590.

2. Art. 6 de la loi du 22 mars 1860.

3. Trib. Toulouse 19 juin 1890, *Gaz. Palais*, 22 fév. 1891 ; Paris, 3 déc. 1891 (Pataille, 1892, III). Cf. pour le droit allemand le § 8 du *Künstlerisches Urhebergesetz* de 1907, et le § 6 du *Literarisches Urhebergesetz* de 1901 ; Asch, *Zur Rechtsnachfolge ins Urheberrecht*.

4. Paris, 3 août 1877, S. 1877. II. 285.

5. Le brevet doit-il être exploité en commun ou peut-il l'être séparément par chaque communiste ? La question présente de l'intérêt au point de vue des conditions de la cession, des concessions de licences d'exploitation, du bénéfice des certificats d'addition et des brevets de perfectionnement. Sur ces points, voir Pouillet, *op. cit.*, nos 150, 299 et 300 ; Allart, *op. cit.*, n° 266 ; Puybonnieux, *De la copropriété des brevets d'invention*, thèse Paris, 1908, p. 87 et 115.

niste (1). Elle invoque, en effet, qu'il en résulterait une concurrence entre les cohéritiers qui entraînerait une diminution de la valeur économique du brevet sans compter que cette concurrence créerait entre les héritiers l'inégalité la plus fâcheuse. Ces arguments n'ont pas empêché les jurisprudences française et belge de se prononcer résolument dans le sens de la présomption d'une copropriété du brevet sans communauté (2). Cette solution est parfaitement conforme au principe suivant lequel le droit du copropriétaire doit être considéré comme indépendant toutes les fois que la nature de l'objet commun ne met pas d'obstacle à cette autonomie. Elle a, en outre, l'avantage de permettre l'exploitation utile du brevet pendant la durée de l'indivision alors que le système de la doctrine aboutit à peu près fatalement à la licitation forcée.

Ainsi donc, l'adage romain *uti prout parte non possumus* n'a de valeur qu'à l'égard des droits dont l'exercice ne peut être effectif sans être exclusif. Mais, en le réduisant même à cette limite, il convient de bien l'entendre. On peut, en effet, l'interpréter en ce sens qu'il refuserait au communiste le droit de se livrer à tout acte d'usage privatif mais on peut concevoir également qu'il autoriserait l'usage exclusif d'un indivisaire, tant que cet

1. Pouillet, *op. cit.*, nos 298 *bis* et 299. Cour de Nancy, 2 oct. 1910, *Rec. Nancy*, 1910, p. 260.

2. Picar et Olin, *Traité des brevets d'invention*, n° 458; Puybonnieux, *op. cit.*, p. 124; *Pand. belges*, v° Communions § 87. Cass. 1^{er} déc. 1858, *Ann. de la pr. ind.*, 1859, p. 21; Cass. 5 mars 1900, S. 1900. I. 358; Rouen, 11 avril 1897, *Ann. de la pr. ind.*, 1897, p. 322 et note Le Tellier. Comp., cependant, jugement du tribunal civil de Rocroi du 9 juillet 1909 et arrêt de la Cour de Nancy du 22 octobre 1910 sous Cass. 13 mars 1912, S. 1914. I. 145.

usage ne se heurterait pas, en fait, aux prétentions rivales et concurrentes de celles de l'usager. Cette dernière interprétation nous paraît à la fois plus rationnelle et plus pratique. L'usage exclusif de la chose commune doit pouvoir appartenir à l'un des copropriétaires toutes les fois que, pour des raisons d'éloignement ou d'indifférence, les autres communistes ne songent pas à le réclamer à leur profit (1). Ce droit d'usage est donc libre en principe, tant qu'il ne se heurte pas, en fait, à l'exercice de facultés rivales (2). En tout état de cause, il est évident qu'il doit s'exercer de façon à maintenir à la chose commune sa destination matérielle et à ne pas dégénérer en un abus de jouissance qui serait une violation flagrante des droits des communistes de l'usager (3).

Comment se règlera le conflit entre plusieurs prétentions rivales à l'exercice d'un usage exclusif? Certaines législations ont essayé de trancher la difficulté par l'éta-

1. Art. 394 du Code espagnol; art. 675 du Code italien; § 743, al. 2 du *B. G. B.*; Planck, sur le § 743, n° 8; Bianchi, *Della comunione*, p. 73. Cf. Pothier, *Société*, nos 84 et 85; Luzzatto, I, p. 43 et s.

2. Art. 1859-2° du Code civil; Aubry et Rau, II, § 221, et note 13; Laurent, XXVI, n° 436. Le droit d'usage est plus étendu au cas d'indivision forcée (Goubeaux, *op. cit.*, p. 271. Cass. 21 nov. 1898, S. 1899. I. 334; Riom, 15 mai 1906, *Rec. Riom*, 1906, p. 89). La pénurie des documents judiciaires sur la question s'explique parce que la plupart des contestations sont portées sur le terrain possessoire devant le juge de paix.

3. Cass. 8 janv. 1901, S. 1902. I. 283; Cass. 26 février 1912, S. 1917. I. 37. Le juge des référés est compétent au cas d'urgence, Guil-louard, *Soc.*, n° 384. Sur le trouble moral de jouissance, voir Guil-louard, *op. cit.*, n° 383. La cession du droit d'usage ne constitue pas un trouble de jouissance, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 534.

blissement d'un régime de jouissance alternative (1) mais ce régime suppose l'accord permanent de tous les intéressés. A la vérité, la théorie classique de la limitation automatique des prétentions rivales ne peut nous fournir sur ce point aucun principe de solution (2). La doctrine italienne s'est ingéniée à établir à ce sujet des distinctions aussi spécieuses qu'arbitraires (3). Mieux vaut avouer franchement l'impuissance du législateur et reconnaître que le seul procédé d'utilisation rationnelle des valeurs héréditaires doit reposer sur un accord préalable de tous les intéressés (4). Les accords relatifs à l'organisation de l'indivision se présentent fréquemment sous la forme de conventions de maintien d'indivision du genre de celles prévues par l'article 815 de notre Code civil (5). Elles sont parfaitement licites (6) à condition de respecter les

1. Art. 544 de l'ancien Code fribourgeois, § 4 de la loi du canton de Bâle sur le voisinage dans les établissements hydrauliques. Le règlement d'usage sous forme de jouissance alternative était déjà connu des Romains (D. 10, 3, 23; D. 19, 2, 35, 1). Il était encore récemment pratiqué dans les Vosges. Voir au sujet de la coutume des journées d'usine : Nancy, 20 février 1826, S. 1826. II. 453. Cf. Cass. 5 juin 1839, S. 1839. I. 471 et rapport de Troplong. Il ne s'agit pas ici d'une société puisqu'il n'y a pas distribution égale et régulière de bénéfices. Cass. 4 fév. 1842, S. 1842. I. 231.

2. Vitalevi, *op. cit.*, I, 206; Ricci, *op. cit.*, IV, n° 16.

3. Vitalevi, *op. cit.*, I, 210; Bianchi, *op. cit.*, p. 893; Fornari, *Della com. dei beni*, § 41; Paterno, *op. cit.*, p. 64.

4. Troplong, *op. cit.*, n° 732. Il n'est pas nécessaire de voir dans ces accords entre communistes la manifestation de volonté d'un sujet collectif. *Contra*, Luzzatto, *op. cit.*, I, p. 61.

5. Ces conventions peuvent même faire présumer quelquefois une convention de maintien d'indivision. Trib. Lyon, 1^{er} déc. 1899. *Mon. Lyon*, 29 janv. 1900.

6. Art. 673 C. civ. italien, § 745 du *B. G. B.*

principes essentiels de l'indivision (1) et de ne pas introduire entre les ayants droit certaines relations qui pourraient être interprétées comme une manifestation de volonté tacite de transformer l'indivision en société (2). Ces conventions ne produisent, dans les législations latines, que des effets strictement personnels (3) mais le *B. G. B.* allemand leur attribue un effet réel en les rendant opposables aux acquéreurs à titre particulier des communistes (4).

La plus fréquente de ces conventions est celle par laquelle les cohéritiers concèdent la jouissance de la chose commune à l'un d'eux moyennant paiement d'une redevance en argent. Les Romains parlaient ici de contrat innommé et se refusaient à analyser l'opération en un contrat de louage pour le motif que l'on ne peut prendre à bail que la chose dont l'on n'est pas propriétaire alors que l'indivisaire est propriétaire pour partie de la chose commune (5). Bien que la validité du louage entre communistes ait été reconnue depuis les glossateurs (6), cer-

1. Cour de Lucques, 2 avril 1890, *Annali*, XXIV, 3, 128.

2. Trib. Nancy, 29 juillet 1903 sous Cass. 8 août 1904, S. 1907. I. 367.

3. Cour de Paris, 5 janv. 1831, S. 1831. II. 281; Mais la clause implique pour le cohéritier l'impossibilité d'agir au possessoire pour faire respecter le règlement de jouissance. Cass. 30 nov. 1859, S. 1860. I. 392. Remarquons d'ailleurs que la réglementation commune affectera généralement la forme d'un bail que l'article 1743 du Code civil rend opposable aux tiers acquéreurs.

4. § 746 du *B. G. B.*; Strohal, *op. cit.*, p. 342; Planck, sous le § 746, II.

5. D. 10, 3, 23. Scoliastes des Basiliques, 21, 1, 34. Cf. Laurent, XXV, n° 44; Brugi, *Studi in onore di Scialoja*, p. 139.

6. Fontanella, *de pact. imp.*, ch. 4, gl. 9, partie 2, n° 12; Michaelis, *Tract. de pact.*, p. 3, ch. 36, n° 23.

tains auteurs modernes persistent à distinguer dans le droit du preneur un mélange de prise à bail et de copropriété (1).

La jurisprudence estime avec raison qu'il s'agit ici d'un contrat de louage mais dont le régime doit se concilier avec celui de la communauté (2). C'est ainsi que le congé peut être donné au communiste preneur par les seuls communistes bailleurs (3) et que la convention dans son ensemble est soumise à la disposition particulière de l'article 1753 du Code civil (4). Par contre, le bail ne peut jamais avoir une durée supérieure à celle de cinq ans (5) et il ne peut être opposé à l'acquéreur sur licitation (6).

Au cas où l'organisation d'un mode conventionnel de jouissance se heurterait à la mauvaise volonté de l'un des communistes, les consorts de ce dernier peuvent s'adresser au Tribunal (7). Le juge s'efforcera d'établir un règlement de jouissance qui tienne compte des intérêts respectifs des indivisaires (8), des usages locaux (9) et des pratiques antérieures des parties qu'il devra respecter à

1. Laurent, *op. cit.* Cass. Florence, 22 nov. 1888. *Legge* I. 222. *Contra* Brugi, *op. cit.*, p. 140.

2. Trib. civ. Beaugé, 30 juin 1910, D. 1912. II. 211.

3. Rouen, 15 avril 1897, S. 1898. II. 241 note Dalmbert.

4. Chabot, *op. cit.*, art. 833, n° 2. Orléans, 7 janv. 1888, S. 1888. II. 402. *Contre* Demolombe, XVI, n° 489 et Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, n° 2843.

5. Arg. art. 815. Trib. Lyon, 1^{er} déc. 1899, *Monit. Lyon*, 29 janvier 1900. Cf. Rennes, 9 janv. 1838, S. 1838. II. 548.

6. Paris, 5 janv. 1831, S. 1831. II. 281.

7. § 745 du *B. G. B.*

8. Metz, 6 fév. 1837, S. 1837. II. 44; Cass. Turin, 5 mai 1907, *Legge* 1907, p. 1273.

9. Nancy, 20 fév. 1826, S. 1826. II. 153.

moins de raisons graves impliquant la nécessité d'une innovation (1).

SECTION C. — LA JOUISSANCE DES BIENS INDIVIS

L'on peut concevoir *a priori*, qu'en matière de copropriété, la jouissance soit ainsi réglée que certains fruits appartiennent à certains communistes alors que d'autres fruits reviennent à d'autres indivisaires (2).

Toutefois, nous avons vu précédemment que la jurisprudence, en consacrant la maxime *Fructus augent hereditatem*, avait assimilé les fruits à de véritables produits (3) participant à la destination juridique des biens dont ils proviennent. C'est pourquoi nous estimons que, à la différence du partage provisionnel légal qui est dispensé des formes légales et ne peut être rescindé pour cause de lésion, le partage provisionnel conventionnel devrait être traité comme un partage partiel ayant la nature juridique du partage ordinaire (4). Reconnaissons cependant que notre jurisprudence, d'accord avec la doctrine (5), repousse cette conséquence logique de ses prin-

1. Caen, 1^{er} août 1879 sous Cass., S. 1880. I. 43.

2. Cass. 13 janv. 1913, S. 1914. I. 43.

3. En ce qui concerne les conventions de répartition des produits d'un bien indivis, voir, pour l'application aux mines, Cass. 5 janv. 1913, D. 1916. I. 83. Sur le caractère de la copropriété des mines voir Demogue, *R. T. D. C.*, 1917, p. 437.

4. Lebrun, livre IV, ch. 4, n° 26; Piola, *op. cit.*; C. Hauchamp, *Partage provisionnel volontaire* (*Ann. belges du notariat et de l'enregistrement*, 1905, p. 352); Cour d'appel de Catane, 1^{er} août 1911, *Legge*, 1912, 452.

5. Cass. 5 juillet 1892, D. 1892. I. 503. Chambéry, 9 fév. 1870, D.

cipes contrairement aux pratiques de l'ensemble du notariat français (1) et de la législation autrichienne (2).

SECTION D. — LA COPOSSESSION DES BIENS INDIVIS

§ 1. — *La théorie de la copossession.*

La copossession (3) (*Mitbesitz*) (4) est un phénomène juridique que l'on rencontre fréquemment dans la communauté d'habitation entre époux, parents et enfants, colocataires et au sujet des louages de coffres forts dans les grands établissements de crédit (5) ou de locaux dans les magasins généraux. Mais la copossession héréditaire en constitue, à coup sûr, l'aspect le plus répandu.

1870. II. 488 ; Planiol, *op. cit.*, I, 4944 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 443, note 75. Cf. Laurent, X, n° 972 et Baudry-Lacantinerie et Wahl, II, n° 2228.

1. La plupart des notaires français refusent de prêter leur ministère à la conclusion d'un partage provisionnel en présence de mineurs parce qu'ils le considèrent comme irrégulier. Le notariat belge n'a jamais éprouvé de tels scrupules juridiques (Chotteau et Bastinié, *op. cit.*, II, p. 700 s.).

2. § 2038 du Code civil autrichien.

3. L'expression de *copossessio* se trouvait déjà dans la *Repetitio paratillorum* de Brunemannus, 4^e éd., 1688, p. 708 et 711 et dans la 4^e éd. des *Decisiones* de Mævius, 1698, I, p. 408 (Belime, *Traité du droit de possession*, p. 49, note 7).

4. Les Allemands distinguent la copossession (*Mitbesitz*) de la possession divise d'une chose commune (*Teilbesitz*). Voir § 865, 1084 et 1206 du *B. G. B.* et Meisner, *Komm.* sur le § 866, rem. 3, al. 5. Bonne monographie de Rudolf Ehlert, *Der Mitbesitz* (In. diss. de Halle, 1908). La théorie de la copossession est singulièrement compliquée en droit allemand par la distinction de la possession médiate et de la possession immédiate (Strohal, *op. cit.*, II, p. 328 ; Binder, *op. cit.*, I, p. 55).

5. Nombreuses références dans Ehlert, *op. cit.*, p. 47, note 1.

Assez peu étudiée en France, la théorie de la copossession a fait récemment en Allemagne et en Italie, l'objet de recherches approfondies.

Lè droit romain n'avait pas systématisé la notion de possession commune mais il semble bien que, sous le nom de *possessio pro indiviso*, il connaissait quelque chose d'à peu près équivalent à notre copossession moderne (1). Cette possession *pro indiviso* n'était certes pas une *possessio in solidum* dont les sources s'accordent pour proclamer l'impossibilité d'existence logique (2). Ce n'était pas non plus une possession indéterminée puisque l'on ne peut pas posséder un *incertum* (3). Elle consistait tout simplement dans la possession de plusieurs individus qui avaient l'intention de jouir ensemble des avantages de la maîtrise d'un objet commun (4).

Remarquons que cette conception ne semble pas fort ancienne ; dans le droit romain primitif, elle se serait certainement heurtée au principe matérialiste suivant lequel on ne pouvait posséder que des *corporalia* (5). En effet, si l'on adopte le système de l'*animus domini* de Savigny, l'on conçoit qu'il ne pouvait être question d'un pouvoir de

1. D. 43, 17, 1, 7 ; D. 41, 2, 26 ; D. 6, 1, 8 ; Steinlechner, *Wesen der juris communio*, II, p. 2.

2. D. 41, 2, 3, 5 ; D. 13, 6, 5, 15 ; Pernice, *Labeo*, 2^e éd, II, p. 415. Cf., sur la possibilité de la simultanéité d'une *possessio justa* et d'une *possessio injusta*, Scialoja, *Stud. giurid. per l'8 centenario dell' Università di Bologna*, p. 231.

3. D. 41, 3, 32, 2 ; D. 41, 2, 20 ; Steinlechner, *op. cit.* II. 17. Sur les difficultés du premier texte, voir Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 152, note 12 ; Klein, *Sachbesitz und Ersitzgang*, p. 447.

4. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 152, note 12.

5. Gaius, *Inst.* II. 13 ; Paul, D. 41, 2, 3.

fait sur une chose abstraite (1). Cependant, la théorie de Ihering, suivant laquelle le concept de la possession s'est modelé sur celui de propriété, permet d'expliquer comment l'on a fini par reconnaître l'existence d'une copossession là où la loi autorisait la *communio* du *dominium*. Le *corpus* du copossesseur était identique à celui du possesseur unique mais son *animus* n'était qu'un *animus copossidendi* (2). L'on finit par admettre, au début de l'époque impériale, que la possession n'impliquait même plus la détermination exacte de l'étendue de la quote (3).

L'on a prétendu cependant que la copossession avait une origine encore beaucoup plus récente et, en s'appuyant sur des arguments d'ordre historique et philologique d'une valeur discutable, l'on a soutenu que son apparition était contemporaine de la création par Javolenus de la quasi-possession des servitudes et qu'elle ne serait elle-même qu'une création de ce jurisconsulte (4).

En réalité, l'existence de la possession *pro indiviso*, dès le premier siècle de l'époque impériale, est impliquée par des motifs d'ordre rationnel et attestée par des arguments de texte.

En se plaçant au point de vue rationnel, remarquons, tout d'abord, que la cession de la quote indivise qui paraît fort ancienne suppose implicitement la reconnaissance d'une possession indivise dans la mesure où il ne s'agis-

1. Cornil, *Traité de la possession*, p. 402. Cf. Karlowa, *Privatrecht*, p. 454 et 455.

2. Cornil, *op. cit.*, p. 407 ; Appleton, *Prop. prætor*, I, p. 132.

3. Dernburg, *Pand.*, § 469, note 4 ; Segré, *Foro Ital.*, 1907. I. 4250.

4. Maynz, *op. cit.*, II, § 192, note 61 ; Diez, *op. cit.*, p. 26 et 30 ; Desserteaux, *op. cit.*, p. 40 et 51.

sait pas d'une cession effectuée suivant les modes quiritaires, et où, par conséquent, il fallait recourir à la tradition. En admettant même qu'originellement la part indivise ne pouvait être aliénée que par un procédé du droit civil (1), la tradition de la quote ne s'en imposait pas moins à la suite de la *pronuntiatio* sur l'*arbitratus de restituendo* que supposait la *reivindicatio partiara* fictive de l'*in jure cessio* du droit indivis (2).

Il est assez difficile cependant de se rendre compte comment cette possession indivise était juridiquement protégée (3). Le coposseur pouvait certainement recourir à l'interdit *uti possidetis* et à la *denuntiatio novæ operis* mais il ne semble pas qu'il ait eu le droit d'invoquer l'*actio negatoria*. Par contre, on lui accordait assez largement le recours à l'*actio communi dividundo* qui apparaissait, dans ce cas, comme une véritable action en partage de la possession commune (4). L'on avait fini par admettre qu'un coposseur qui n'avait qu'une *justa causa copossidendi* pouvait cependant exercer l'*utile judicium de communi dividundo*.

Les glossateurs du moyen âge reprirent l'étude exégétique (5) de la possession plurale justinienne mais le pré-

1. L'on argumente en ce sens en se fondant sur un texte d'Ulpien. D. 9, 2, 27, 2. Voir aussi Ulpien, D. 6, 2, 7 pr.

2. Segré, *op. cit.*, p. 1249, note 4. Cf. Buff, *Archiv für prakt. Rechtswiss.*, III, p. 113.

3. Windscheid, *op. cit.*, 8^e éd., II, § 169 a; Von Seeler, *Die Lehre vom Miteigentum nach röm. Recht*, p. 17 et 31; Audibert, *Nouvelles études sur la formule des actions familiae erciscundae et communi dividundo*, N. R. H., 1904, p. 281 s.; Segré, *Sulla natura del compossesso in dir. rom.*, p. 22 s.

4. Segré, *Foro Ital.*, *loc. cit.*

5. Cependant leurs commentaires ne s'écartent guère des deux

jugé aristotélicien des catégories et le mécanisme syllogistique devaient les entraîner dans des discussions stériles sur la nature de la possession commune. Certains d'entre eux admettaient la possibilité d'une possession solidaire (1) avec des distinctions plus ou moins subtiles et ingénieuses (2); mais la plupart s'y refusaient (3). L'écho affaibli de ces antiques controverses se retrouve chez nos anciens auteurs dont l'obscurité des formules révèle suffisamment les incertitudes de la pensée (4).

Cependant, dédaigneux de ces exercices d'école, le droit germanique construisait la copossession sur le modèle de la *gesammte Hand*. Il nous parle fréquemment de ces communistes qui possèdent *communiter sine divisione* (5) et dont la possession s'exprime en une coexistence de puissances de fait sur la totalité de la chose (6). Nous sommes forcés de reconnaître que cette conception grossière n'en dépasse pas moins en solidité tout l'écha-

textes contradictoires de Paul, D. 41, 2, 3, 5 et de Julianus, D. 43, 26, 49.

1. Martinus, Glose sur la loi 3, *pr. uti possid.*

2. Azo, *in lect. tit. uti possidetis* et glose sur la loi 3, § 5 de *possess.*; Godefroy, *eod. loc.*

3. Cujas, livre 3, titre 7, sect. 1, n° 3; Voët, *de acq. poss.*, n° 5. En ce sens, le Droit canonique (Décr. II, titre 19, ch. 9 et titre 28, ch. 84).

4. Olim, III, p. 141, 6. Les auteurs suivent fidèlement la doctrine romaniste (Desmaret, *Décisions*, n° 325; Pothier, *Prescription*, n° 4). Leur initiative se borne à reconnaître une certaine représentation des cohéritiers dans la possession de l'hérédité; ils y rattachent l'imprescriptibilité de l'action en partage quand il n'y a pas d'intervention du fait du cohéritier (Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, Sect. 3, § 31).

5. Stobbe, *Zeits. Für Rechtsgesch.*, IV, p. 228; Gierke, *Genossenschaftsrecht*, II, p. 951, rem. 37.

6. « Gelike were dat is an einen schepel und an einen rock und brot » (Gierke, *loc. cit.*).

faudage compliqué de la théorie romaniste qui devait cependant être consacrée par le droit commun germanique et même par les droits saxon et prussien (1).

Au début du XIX^e siècle, Savigny reprend à son tour l'analyse de la copossession qu'il conçoit comme une pluralité de possessions sur des quote-parts idéales de propriété (2). Il semble n'avoir jamais soupçonné l'incroyable contradiction logique que recélait une telle théorie qui consiste à attribuer à un pouvoir de fait un objet qui n'est qu'un concept purement imaginaire. Cette incon séquence ne tarda cependant pas à être aperçue même en Allemagne et ce fut un premier progrès que celui qui consista à reconnaître que le *corpus* possessoire était strictement indivisible (3).

Dès lors, la maxime *possessio plurium in solidum esse non potest* sur laquelle reposait l'argumentation des anciens auteurs tendait à se dégrader progressivement. Alors que certains interprètes parlaient ici de situation de fait *sui generis* consistant dans des rapports d'utilisation commune (4), d'autres prétendaient qu'il ne s'agissait que

1. Förster-Eccius, *Privatrecht*, III, § 400, rem. 26 ; § 492 de l'ancien code saxon. Cf. cependant Dernburg, *Preussisches Privatrecht*, XV, § 450, rem. III.

2. *Traité de la possession*, § 11, page 151 de l'édition française. En ce sens Bekker, *Besitz beweglicher Sachen*, *Ihering's Jahrb.* 1894, p. 49 ; Segré, *Compossesso*, p. 25.

3. Randa, *Der Besitz nach österreich. Rechte*, 4^e éd., p. 544 ; Bruns, *Kritische Viertelj.*, XX, 1878, p. 524 ; Steinlechner, II, p. 12 s. Application à la revendication, Paris, 10 mai 1905, *Rec. jur. immob.*, 1906, 295 et à l'expropriation, Cass. 4^{er} fév. 1910, S. 1911. I. 344. Comp. cependant trib. de Bordeaux, 20 mars 1912, *Rec. Bordeaux*, 1912, III, 81.

4. Manenti, *Sul concetto della communio* (*Il Filangieri*), XIX,

d'une possession exercée par un sujet unique à personnes multiples liées entre elles par des rapports contractuels (1). En réalité, l'adage romain n'exprime pas autre chose que cette vérité évidente que plusieurs personnes ne peuvent pas avoir en même temps la possession exclusive d'une même chose. Mais la possession elle-même peut exister sans être exclusive (2) et l'on comprend dès lors que la technique juridique moderne présente une tendance accusée à ramener le concept ancien de copossession à celui d'une pluralité de possessions individuelles (3).

Il n'en est pas moins vrai que si la possession (4) indivise n'est pas une division quantitative de la possession unique, ainsi que le prétendent les romanistes, elle doit être quelque chose de qualitativement différent (5) de cette possession unique dont elle ne serait qu'une forme dégradée, ce qu'exprime assez bien cette qualification d'équivoque sur laquelle nous reviendrons.

p. 340); Perozzi, *Saggio critico sulla teoria della cômpropr.* (*Il Filangieri*, XV, p. 138 et 151).

1. Troplong, *Prescriptions*, nos 243 et 245; Martin Wolff, *Ihering's Jahrb.*, 1902, p. 159; Endemann, *Lehrb.*, II, p. 115; Mario Sarfatti, *Del contratto d'abbonamento alle cassette di sicurezza nelle banche*, p. 41; Fornari, *Della comunione dei beni*, § 4; Pollock and Wright, *An essay on possession in the common law*, Oxford, 1888, p. 21. Voir surtout Luzzatto, I, § 49, p. 87 s.

2. Lorsque deux personnes s'entendent pour s'en servir alternativement tous les deux jours, elles peuvent être légitimement considérées comme possesseurs de la chose commune.

3. Martin Wolff, *op. cit.*, p. 158, note 43; Oertmann, *op. cit. Kom.*, § 420; Staudinger, *op. cit. Kom.* § 866.

4. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, § 169 a, note 4 d; Planck, *op. cit.*, sur le § 866, note 2 b.

5. Perozzi, *op. cit.*, p. 138 et 151; Martin Wolff, *op. cit.*, p. 158, note 40.

Qu'est-ce donc au juste que cette copossession ?

Les législations germaniques qui ont consacré au sujet de la possession, des théories absolument matérialistes en l'envisageant simplement comme une puissance de fait (1) ne sont pas gênées pour expliquer comment cette puissance de fait peut appartenir à plusieurs personnes de même qu'elle peut être le privilège d'un seul individu.

Les législations latines ont conservé, au contraire, la tradition de l'*animus domini* à laquelle, on le sait, Savigny avait donné la valeur d'un axiome indiscutable. Ce système rendait impossible toute construction logique de la copossession. Cependant, la théorie de Ihering en faisant intervenir la notion de volonté et de but permet de concevoir la possession du copossesseur en tant que celui-ci a la volonté de posséder avec ses consorts (2). C'est ainsi qu'à l'ancien concept de l'*animus domini* d'une quote-part s'est substitué celui de l'*animus copossidendi* de la totalité de la chose indivise (3). Reconnaissons d'ailleurs que cette dernière formule est plutôt ambiguë car s'il est facile de concevoir ce qu'est la volonté de posséder seul il est assez difficile de se représenter exactement ce que peut être un *animus copossidendi*.

Les actes de possession de plusieurs individus peuvent être interprétés comme émanant de plusieurs associés ou de plusieurs cohéritiers mais ils peuvent ressembler singulièrement à des actes émanant de plusieurs individus

1. § 854 du *B. G. B.*; Martin Wolff, *op. cit.*, p. 156; Biermann, *op. cit.*, sur le § 854 n° 2.

2. « insieme il tutto », comme disent les jurisconsultes italiens.

3. Mario Sarfatti, *op. cit.*, p. 46; Bellavite, *Il possesso secondo il diritto romano per riguardo ai codici moderni* (*Archivio giuridico*, III, p. 522, note 3).

sans droit, mais qui seraient tolérés par un propriétaire unique. En d'autres termes, les actes de copossession, lorsqu'ils ne sont pas éclairés à la lumière d'un titre pétitoire, peuvent signifier bien des choses ou ne rien signifier du tout.

Dans ces conditions, il est permis de se poser la question de savoir s'il existe plusieurs espèces de copossession indivise ou s'il n'existe qu'une copossession abstraite.

En France, la doctrine ne s'est jamais occupée de la question, mais la jurisprudence n'a pas hésité à reconnaître que la copossession se modifie suivant les divers régimes de copropriété dont elle est la manifestation concrète (1).

En Allemagne, l'on avait proposé de distinguer la copossession ordinaire de la copossession en main commune (2) mais la majorité des commentateurs repousse cette distinction pour la raison que la possession indivise n'implique pas l'existence d'un rapport juridique pétitoire (3). En effet, la possession doit être envisagée en elle-même indépendamment du rapport pétitoire dont elle n'est que l'exercice apparent.

Il ne faut pas en conclure cependant que la copossession héréditaire n'est qu'un aspect de cette copossession abstraite. En effet, la possession héréditaire présente ce caractère particulier et qui suffit à la distinguer des autres

1. Cass. 27 nov. 1905, S. 1910. I. 255 et 31 janv. 1912, S. 1912. I. 450.

2. Biermann, *Kom.* sur le § 866 ; Dernburg, *Pand.*, I, § 169, note I ; Wieland, *Commentaire du Code civil suisse* ; Egger, IV, *Sachenrecht*, art. 921, rem. 3.

3. Planck, sur le § 866 et les références ; Binder, *op. cit.*, III, p. 53 ; Martin Wolff, *op. cit.*, p. 155 ; Sohm, *op. cit.*, I, § 12, note 4, page 67.

possessions qu'elle est acquise automatiquement à l'héritier par le fait de l'ouverture de la succession et sans aucune appréhension matérielle (1). Ce caractère de la possession héréditaire a été reconnu par le *B. G. B.* malgré le caractère strictement objectif qu'il s'est appliqué à attribuer à la possession (2). Il en résulte que si deux cohéritiers sont appelés simultanément à recueillir une même succession, que si l'un d'eux habitait avec le défunt alors que l'autre demeure aux antipodes, ils n'en sont pas moins considérés comme copossesseurs.

De cette singulière technique résulte une certaine déformation du caractère ordinaire de l'action possessoire qui se rapproche étrangement de la pétition d'hérédité en lui empruntant certains de ses attributs pétitoires. Le réclamant ne dira pas : « tu ne dois pas me troubler parce que je suis copossesseur » mais : « parce que je suis un cohéritier, tu ne dois pas agir avec moi autrement que si j'étais réellement copossesseur » (3).

Mais si le cohéritier est, en cette seule qualité, copossesseur, il convient de remarquer que cette possession n'est que fictive. Dans ces conditions, il convient d'étudier le conflit de cette possession fictive avec la possession véritable qui peut appartenir, en fait, à l'un des copossesseurs. En d'autres termes, l'un des cohéritiers qui se trouve en possession effective d'un objet successoral a-t-il à l'égard des tiers une possession vicieuse par le seul fait

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, II, § 181, note 3 ; Percerou, *Liquidation du passif héréditaire en droit français*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1905, p. 574. Cf. Cazelle, *op. cit.*, p. 214 s.

2. § 857 du *B. G. B.*

3. Binder, *op. cit.*, III, p. 54, note 42.

qu'il existe un autre cohéritier qui peut invoquer une copossession fictive de l'hérédité ?

La question a fait, en Allemagne, l'objet de nombreuses controverses. Certains auteurs, poussant à l'extrême la notion de possession fictive, n'ont pas hésité à y répondre affirmativement (1). D'autres, au contraire, estiment que la possession fictive d'un cohéritier est sans effet à l'égard des tiers en ce sens que le cohéritier qui bénéficie d'une possession effective peut effectuer à leur profit une transmission de possession parfaitement valable (2).

§ 2. — *La notion de possession équivoque.*

Dans les législations latines, l'adaptation de la conception de la possession fictive des cohéritiers aux principes généraux de la théorie possessoire s'est réalisée par l'élaboration de la théorie encore obscure de la possession équivoque. Mais encore faut-il bien comprendre en quoi consiste ce vice d'équivocité.

L'on a prétendu quelquefois que l'équivoque n'était pas une vice spécial de la possession mais l'absence de l'une de ses conditions (3). Qu'il nous suffise pour écarter cette opinion de remarquer qu'une simple question de preuve ne pourrait avoir persuadé le législateur de la nécessité de faire de l'équivoque un vice spécial de la possession (4).

L'on a dit aussi, en remarquant que la plupart des

1. Planck, *op. cit.*, III, p. 42 s.; Kress, *op. cit.*, p. 33.

2. Binder, *op. cit.*, III, p. 54, note 42; Sohm, *op. cit.*, I, § 12, note 4.

3. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n° 287.

4. Aubry et Rau, § 217, note 8; Bufnoir, *Propriété et contrat*; Laurent, XXXII, 290.

exemples pratiques de possession équivoque se rencontrent à l'occasion de propriétés indivises (1), que le vice d'équivoque était celui qui entachait une possession exercée simultanément par plusieurs individus. Le vice d'équivoque s'expliquerait alors parce que, dans ce cas, il serait impossible de savoir si les actes de possession sont accomplis en qualité de copropriétaire ou s'ils sont des actes irréguliers simplement tolérés par un propriétaire unique (2).

Il y a là, croyons-nous, une méprise. En effet, la difficulté ne consisterait pas, dans l'espèce, à savoir si le coposseur se comporte en fait comme un propriétaire exclusif ou comme un copropriétaire, mais à déterminer quelle est la nature et la quote-part de copropriété dont il exerce effectivement les divers attributs. A la vérité, lorsque plusieurs personnes possèdent effectivement en commun, leur possession est simplement promiscue et cette possession promiscue peut être tellement peu équivoque qu'elle est alors suffisante pour conduire à la prescription de la copropriété (3).

Il n'en est pas moins vrai, dira-t-on, que la possession du communiste qui possède seul sera équivoque parce qu'il est très difficile de savoir s'il a entendu exclure les communistes de la possession effective. Nous croyons que, dans ce cas, la possession du communiste est viciée mais que ce vice n'est pas un vice d'équivoque mais un vice de précarité. En effet, le copropriétaire ou l'associé

1. Planiol, I, n° 2284.

2. Planiol, *op. cit.* ; Laurent, XXXII, 291 ; Chironi, *Questioni di dir. civ.*, p. 38 ; Cass. 20 mars 1899, S. 1899. I. 220.

3. Aubry et Rau, *op. cit.* et note 7 *quater*.

qui possède seul est tenu de subir le partage en vertu du contrat d'acquisition ou de l'acte de société.

Il est donc tenu d'une obligation conventionnelle de restitution et, à ce titre, sa possession exclusive ne peut être que précaire.

Il n'y a qu'un cas où le communiste qui possède seul n'est pas un précariste ; c'est le cas où le communiste est un cohéritier et c'est précisément pourquoi c'est au sein de la communauté héréditaire que nous pouvons saisir ce concept fuyant de la possession équivoque.

En effet, lorsqu'un héritier possède seul une valeur héréditaire, sa possession est équivoque, parce que s'il paraît posséder seul, ses cohéritiers possèdent cependant en même temps que lui en raison de cette possession fictive dont nous avons parlé. Les cohéritiers sont censés être tous en possession. La possession effective exclusive de l'un d'eux sera équivoque parce qu'elle contredit la fiction légale (1).

Ainsi donc, à notre avis du moins, l'équivoque est propre à la communauté héréditaire ; elle n'existe pas dans la communauté ordinaire, dans la société et dans l'association où la convention des parties en obligeant le communiste à subir le partage attribue à sa possession un caractère de précarité. L'équivoque existe précisément dans la communauté héréditaire où il ne pourrait y avoir

1. Bufnoir, *op. cit.* Cf. Cézard-Bru, *Cours de droit civil*, I, p. 678. Le vice d'équivoque permet de se rendre compte parfaitement de la disposition de l'article 816 du Code civil qui est en contradiction manifeste avec le principe posé par l'article 2230, sans qu'il soit nécessaire de l'expliquer par une incertitude qui planerait sur l'absence ou l'existence d'une précarité originaire (Voir cependant Bufnoir, *op. cit.*, p. 273).

de précarité puisqu'il n'existe à la charge des cosuccesseurs aucune obligation conventionnelle de restitution ; elle apparaît, à ce titre, comme une sorte de création légale de précarité entre héritiers.

La possession équivoque est donc une possession précaire de création légale ; mais le vice d'équivoque se distingue de celui de précarité (1) en ce qu'il peut disparaître plus facilement (2). La possession équivoque, en effet, est susceptible de se transformer en possession ordinaire par une interversion de fait (3) à moins qu'elle n'ait dégénéré en possession précaire ordinaire au jour où elle se serait accompagnée d'une obligation conventionnelle de restitution, à la suite d'un partage provisionnel, par exemple (4).

En définitive, la possession du cohéritier qui possède seul, sans être précaire, apparaît comme entachée d'une obligation légale de restitution. L'on comprend dès lors que notre ancien droit (5) et certains interprètes modernes (6) parlent ici d'une représentation mutuelle des copossesseurs. Sans vouloir examiner ici le bien-fondé de cette conception nous sommes obligés de reconnaître que la copossession héréditaire constitue une dérogation for-

1. Voir cependant, Toulouse, 27 mai 1878, S. 1880. II. 5.

2. Paulucci, *Dell' imprescriptibilita dell' azione di divisione fra comunisti* (*Scienza del diritto privato*, mai 1905). Cass. Palerme, 28 fév. 1893, *Foro Siciliano*, 1893, p. 65.

3. L'intervention de fait n'a pas besoin d'obéir aux conditions de notre article 2238. Tissier, *op. cit.*, § 293 ; Buñnoir, *op. cit.*, p. 276 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 222, note 20 ; Planiol, *op. cit.*, III, n° 2342. Cass. 3 avril 1895, S. 1895. I. 456.

4. Cf. tribunal de Saint-Sever, 16 mai 1907, *Le Droit*, 28 mai 1907.

5. Renusson, *Subrogation*, ch. 7, n° 23.

6. Troplong, *Prescriptions*, I, p. 563 ; Buñnoir, *loc. cit.* ; Piola, *op. cit.*, p. 608 ; Vitalevi, *op. cit.*, § 434. Toulouse, 27 mai 1878, S. 1880. II. 5.

melle à la règle de l'article 2230 du Code civil d'après laquelle on est toujours présumé posséder pour soi-même, puisqu'elle repose sur une présomption de possession pour autrui (1).

§ 3. — *Les effets de la copossession.*

Il convient maintenant d'examiner quels sont les effets de la copossession héréditaire. Ces effets sont acquisitifs ou défensifs.

a) Au point de vue acquisitif, le copossesseur ne fait pas les fruits siens contrairement à l'article 549 du Code civil puisque ces fruits accroissent à l'hérédité.

La copossession commune peut conduire par prescription à la copropriété (2). Si la possession est exercée en fait par un seul des héritiers, elle peut conduire à l'usucapion de la propriété entière pourvu qu'elle ait été dépouillée de son vice d'équivoque par un acte d'interversion (3).

1. En Angleterre, la représentation des copossesseurs a été supprimée par l'article 12 de l'Act de 1833 devenu le *Real property limitation act* de 1874. Voir à ce sujet Wilhelm Prochownik, *Das bürgerliche Recht Englands*, I, p. 756.

2. Voir, sur certaines difficultés, Planiol, *op. cit.*, n° 2672; Laurent, *op. cit.*, XXXII, n° 295; Tissier, *op. cit.*, n° 291; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 217, texte et note 7. Le bien ainsi acquis par prescription aura-t-il le caractère héréditaire? Dans le sens de la négative, voir Binder, *op. cit.*, I, p. 49.

3. Cass. 4 juillet 1853, S. 1854. I. 108. L'ancien droit, au contraire, se refusait à admettre la prescription entre communistes. Pothier, sur la coutume d'Orléans, titre 17, n° 72; Julien, *Statuts de Provence*, II, p. 584. Coutume de Lorraine, titre 18, art. 3. Lors de la rédaction du Code civil, une proposition en ce sens présentée par le Tribunal de Grenoble (Fenet, III, p. 599) fut rejetée pour le motif

Enfin, si l'on est d'accord pour repousser l'acquisition par prescription de l'hérédité par le cohéritier possesseur, l'on arrive cependant à des résultats assez analogues en reconnaissant la possibilité de la prescription de l'action divisoire (1).

b) Au point de vue défensif, le principal effet de la possession est de faire présumer la propriété, présomption irréfragable s'il s'agit d'une possession mobilière (art. 2279 C. civ.).

A l'égard de la possession immobilière, le cohéritier, qu'il possède en fait ou qu'il n'ait que la possession légale, a droit à la défense pétitoire puisque l'équivoque n'est qu'un vice relatif qui ne peut être invoqué par les tiers (2).

A l'égard de la possession mobilière, la copossession faisant présumer une communauté de propriété, chaque héritier pourra jouir des avantages de la protection possessorie mobilière (3).

Au contraire, si le cohéritier possède seul, il ne pourra invoquer l'article 2279 contre ses consorts, puisque sa

qu'il aurait fallu limiter la règle par des exceptions trop nombreuses (Troplong, *Prescriptions* I, p. 565, note 3).

1. Cette distinction permet de comprendre la supériorité que possède le cohéritier qui joint à la possession fictive de droit une possession réelle. L'action en partage n'est imprescriptible qu'au profit du communiste qui possède en fait, mais non au profit de celui qui n'a que la possession légale.

2. Comp. Cass. 29 avril 1911, *Recueil de Cuen et de Rouen*, 1912, p. 8.

3. Art. 2279 C. civ., § 1006 du *B. G. B.*; M. Wolff, *op. cit.*, p. 184; Von Seeler, *Miteigentum im B. G. B.*, p. 37. L'on admet généralement en Allemagne que la revendication mobilière du § 1007 ne peut être exercée qu'à la condition que le communiste demande la restitution à tous ses consorts (Gierke, *Fahrnitzbesitz*, p. 60; M. Wolff, *op. cit.*, p. 186).

possession est équivoque à leur égard (1). Mais il faut remarquer que ce vice d'équivoque qui, dans la possession immobilière, peut disparaître par une interversion de fait est au contraire indélébile à l'égard de la possession mobilière, puisqu'une détention exclusive même manifeste d'un meuble commun ne peut être interprétée comme une interversion de titre suffisante pour la transformer en possession non équivoque (2).

Abstraction faite de sa fonction de défense pétitoire, la possession est protégée pour elle-même.

Le coposseur peut certainement exercer les actions possessoires contre les tiers si sa possession satisfait aux conditions requises par l'article 2238 du Code civil (3) parmi lesquelles la condition d'annalité sera généralement inutile en raison des règles légales relatives à la jonction des possessions (4).

Dans les rapports entre héritiers, la possibilité d'une protection possessive est plus discutable. Si les Romains

1. Laurent, XXXII, p. 568 ; De Folleville, *Rev. prat.*, 1869, p. 495. Cass. 31 janv. 1900, S. 1900. I. 33, note Naquet ; Cass. 21 juin 1912, S. 1912. I. 8 ; Aix, 3 fév. 1902, S. 1903. II. 41, note Ferron.

2. Cf. Arrêt de Cass. du 13 mai 1889, S. 1890. I. 42.

3. Cass. 23 nov. 1836, S. 1837. I. 532 ; Poncet sous D. 1894. I. 393. § 1011 du *B. G. B.* ; Planck sur le § 866. A l'égard de l'action possessoire exercée par le syndic qui veut saisir une chose commune, voir Gaupp-Stein, *Komm. Ziv. Pro. Ordnung*, § 712, rem. 1, n° 3.

4. Le coposseur qui agit au possessoire représente-t-il ses consorts ? On s'y refuse en Allemagne (M. Wolff, p. 182 ; Von Seeler, p. 38). Cependant, l'on a prétendu qu'il fallait appliquer à la copossession héréditaire les règles de la *Gesammte Hand* et l'on a soutenu que le cohéritier n'avait pas de copossession particulière mais qu'il pouvait exercer l'action possessoire commune à condition que l'action profite à tous les cosuccesseurs, arg. § 1011 et 2039 du *B. G. B.* En ce sens, Kress, *op. cit.*, p. 31 ; Binder, *op. cit.*, III, p. 53.

l'avaient admise (1), les glossateurs la réduisaient à la réintégrande contre le communiste qui s'est mis abusivement en état de possession exclusive (2) et les commentateurs du xviii^e siècle la prohibaient complètement (3).

Aujourd'hui, le droit d'exercer la complainte (*action of waste*) est refusée aux coparceners anglais dans leurs rapports réciproques (4).

Le premier projet du Code civil allemand (5) avait admis la possibilité d'une *Besitzklage* entre copossesseurs mais l'on fit remarquer, lors de la discussion du projet, que des contestations sur la limite du droit de jouissance respectif de plusieurs communistes présentaient nécessairement un caractère pétitoire (6). Aussi, le texte primitif fut-il supprimé et remplacé par le § 866 du *B. G. B.* actuel. Ce texte prescrit que, lorsqu'il s'agit de contestations entre copossesseurs sur la question de savoir dans quelles limites chacun d'eux peut user de la chose, le conflit ne peut être tranché qu'au pétitoire. Il n'y a de protection possessoire entre copossesseurs que lorsque l'un d'eux se plaint d'être la victime d'une dépossession complète (7).

1. Ulpian, D. 43, 20, 1, 26; D. 43, 24, 13, 3.

2. Cujas au § *si vicinus*, au D. *uti possidet*.

3. Bourjon, *Droit commun de la France*, IV, n° 18.

4. Campbell, *Principles of english law*, p. 172.

5. § 847 du premier projet.

6. Wendt, *Archiv für die civ. Praxis*, 74, p. 167; Strohal, *Ihering's Jahrb.*, XXX, p. 25; Von Seeler, *op. cit.*, p. 12.

7. Planck, sur le § 866; Biermann, sur le § 866, rem. 2. L'on s'est ingénié en Allemagne à imaginer des hypothèses où certains actes présenteraient objectivement des caractères d'usurpation de possession sans être des actes de dépossession complète. Certains considèrent ainsi les actes affectués au mépris du *jus prohibendi* (*Verbotungsrecht*) de l'un des communistes (Von Seeler, p. 19), d'autres les

C'est également en ce sens que semble s'orienter la jurisprudence italienne (1) qui avait commencé cependant par reconnaître largement la validité des actions possessoires entre communistes (2).

Notre jurisprudence française (3) subit tout d'abord l'influence de notre ancien droit et commença à n'accorder la protection possessive que lorsque la possession était exclusive (4). Un brusque revirement se produisit en 1828 date à laquelle la Cour suprême ouvrit largement le champ de la protection possessoire entre indivisaires et reconnut à cet égard un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux (5). Cette interprétation extensive devait se restreindre progressivement. On commença d'abord à refuser la protection possessoire lorsqu'il y avait eu règlement de jouissance (6), puis lorsque le demandeur ne pouvait articuler aucun fait précis de dommage personnel (7).

Actuellement, l'on n'admet guère l'exercice de la complainte entre communistes que lorsqu'elle peut se fonder

actes accomplis sans l'accord préalable des intéressés (M. Wolff, p. 179), d'autres enfin les actes d'opposition de la minorité lorsque celle-ci ne peut pas prouver que son opposition est conforme au droit (Rumelin, *Ihering's Jahrbücher*, 28, p. 476).

1. Cass. Florence, 11 juin 1908, *Foro Italiano*, 1908. I. 1378; Chironi, *Quaestioni*, I, n° 40; Luzzatto, I, p. 94.

2. Cass. Turin, 7 sept. 1910, *Foro Ital.*, 1911. I. 42.

3. Pour la doctrine, voir Guillouard, *Soc.*, n° 314; Aubry et Rau, II, § 187.

4. Cass. 6 avril 1824, S. 1824. I. 281.

5. Cass. 19 nov. 1828, S. 1829. I. 110; Cass. 14 nov. 1832, S. 1832. I. 848; Cass. 22 juin 1884, S. 1882. I. 8.

6. Cass. 30 nov. 1859, S. 1860. I. 372. Cf. sur la question, au point de vue dogmatique, M. Wolff, *op. cit.*, p. 175; Meisner, sur le § 866, note 4.

7. Cass. 1^{er} mars 1892, S. 1892. I. 228.

sur des actes ayant pour conséquence directe une appropriation de la chose au profit de leur auteur ou une restriction injuste des droits des indivisaires (1).

Enfin, certaines décisions récentes semblent être revenues au point de départ de cette évolution en décidant que le possesseur dont la possession est commune avec celle du défendeur ne peut jamais agir qu'au pétitoire (2).

1. Cass. 7 avril 1894, S. 1898. I. 453; Trib. de paix de Vouvray, 1^{er} mars 1910 (*Mon. des juges de paix*, 1910, 46, 1); Trib. de paix de Condé en Brie, 10 nov. 1910 (Déc. des juges de paix, 1911, 386). Telle semble être en particulier la conception actuelle de la Cour de Cassation; Cass. 11 janv. 1910, D. 1911. I. 311; Cass. 16 décembre 1919, D. 1919. I. 120. Voir aussi Aubry et Rau, *op. cit.*, § 187, p. 223 note 2.

2. Trib. civil d'Albi 28 juillet 1911, *Gaz. Trib.*, 20 octobre 1911. Trib. paix de Saint-Félicien en Ardèche, 17 mai 1907, *Bull. sp. des déc. des juges de paix*, 1908, p. 216.

TITRE III

LES RAPPORTS RÉCIPROQUES DES COHÉRITIERS

Le seul fait de l'appropriation collective d'un même droit fait surgir entre les divers communistes toute une série de relations à caractère obligationnel et d'une nature particulière que l'on désigne généralement du nom d'obligations de communauté (1).

Nous avons vu que le droit romain byzantin rattachait cette obligation de communauté à l'existence d'un prétendu quasi-contrat entre les indivisaires (2) et que cette conception s'était conservée jusqu'à nos jours (3).

L'on n'a pas manqué, cependant, de souligner le caractère artificiel d'une telle construction (4) et de nombreux auteurs modernes préfèrent parler ici d'obligation légale (5) bien qu'ils ne soient pas d'accord sur le fondement qu'il convient de lui attribuer. Alors que certains d'entre eux y voient une obligation à caractère réel (6), d'autres imaginent volontiers que cette obligation n'est que la sanction du devoir qui appartient au communiste d'observer envers

1. Windscheid-Kipp, *op. cit.*, II, p. 872.

2. Inst. III, 27, 3.

3. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Soc.*, n° 540; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 440, note 1; Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 785; Campbell, *Principles of english law*, p. 44; Bianchi, *op. cit.*, IX, 368.

4. Laurent, XX, n° 309 et XXVI, n° 432.

5. Planck, *B. G. B.* livre II, sect. 7, titre 15.

6. Steinlechner, II, pp. 132 et 146; Brinz, *Pand.*, I, § 94.

ses consorts la *diligentia quam suis* (1) et un grand nombre d'entre eux n'hésitent pas à ramener la notion d'obligation de communauté à celle de gestion d'affaire ou d'enrichissement sans cause (2).

Certes, ces discussions n'ont qu'un intérêt académique (3). Toutefois, nous croyons qu'il convient de signaler les inconséquences auxquelles pourrait conduire la théorie qui fait de l'obligation de communauté une obligation réelle naissant de l'état d'indivision.

D'une appropriation commune ne peut surgir une obligation réciproque; un fait ne crée pas un droit à lui seul (4). La preuve en est que, malgré certaines opinions récentes (5), l'obligation qui pèse sur le communiste survit au jour où il se retire de l'indivision (6) et que l'effet rétroactif du partage ne saurait avoir pour effet d'anéantir les relations juridiques qui se sont formées entre communistes pendant la durée de la communauté (7).

Ces considérations ont une valeur particulière en ce qui concerne la communauté d'héritiers qui suscite entre ses membres certaines relations juridiques n'impliquant pas

1. Hess, *Archiv für preuss. Recht*, IV, p. 125.

2. Vizioz, *op. cit.*, p. 277.

3. Ramponi, *op. cit.*, p. 73.

4. Binder, *op. cit.*, III, p. 65; Van Biervliet, *op. cit.*, p. 227, note 1.

5. Pothier, *Succ.*, n° 492; Aubry et Rau, § 221, note 15; Demolombe, XI, n° 448. Cass. 2 fév. 1825, S. 1825. I. 363; Caen, 4 nov. 1891, *Gaz. Palais*, 1891. II. 378; Art. 395 du Code civil espagnol; Art. 676 du Code civil italien.

6. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 343; Guillouard, *op. cit.*, n° 398. Les articles 656 et 699 du Code civil, qu'invoque quelquefois la théorie adverse, sont manifestement des textes exceptionnels.

7. Huc, *op. cit.*, V, n° 383. Paris, 11 mai 1914, D. 1912. II. 115.

seulement chez leurs sujets la qualité d'indivisaire mais en outre celle de cohéritier (1).

Il nous paraît donc plus simple, pour le moment, d'attribuer à l'obligation de communauté un caractère exclusivement légal sans chercher à la faire entrer de force dans le cadre des catégories juridiques préétablies.

Nous examinerons successivement :

1° Quelles sont les obligations qui naissent de la communauté d'héritiers ;

2° Quel est le régime juridique de ces obligations.

1. Binder, *op. cit.*, I, p. 39 s. ; Strohal, 3^e éd., I, p. 16, note 48.

CHAPITRE PREMIER

Les obligations des cohéritiers.

Les obligations des cohéritiers sont de deux sortes. Les unes sont vraiment spécifiques de l'indivision successorale, les autres se rattachent à l'application des principes généraux.

SECTION A. — LES OBLIGATIONS SPÉCIFIQUES DE COHÉRÉDITÉ

Les obligations du cohéritier qui sont vraiment spécifiques de l'état d'indivision successorale ont trait à la formation, au fonctionnement et à la liquidation de la masse indivise.

En ce qui concerne la formation de la masse commune, chaque cosuccesseur est obligé de verser à la masse les valeurs qui doivent appartenir à cette masse et qui pourraient figurer dans son patrimoine particulier. C'est à cette notion qu'il faut rattacher l'obligation du rapport successoral (1) et l'obligation pour le cohéritier de déclarer à ses consorts la nature et la valeur des objets successoraux qu'il détient depuis le jour du décès (2) car la

1. Cf. § 2057 du *B. G. B.*

2. Sur le *Manifestationspflicht* des art. 607 al. 2 et 610 al. 2 du Code fédéral suisse, voir Huber, *op. cit.*, II, p. 403 ; Escher, *op. cit.*, p. 290.

clandestinité est l'un des éléments constitutifs du recel successoral (1).

En tant que copropriétaires des valeurs héréditaires, les cohéritiers sont tenus de participer à l'organisation de l'administration et de la jouissance des biens indivis. D'une façon générale, il convient de reconnaître avec le § 2038 du *B. G. B.* que chaque héritier doit concourir aux mesures que nécessite une administration ou une conservation régulière (2) des objets successoraux et, qu'au cas où il s'y refuserait, ses consorts peuvent s'adresser aux magistrats afin de provoquer l'organisation d'un procédé de gestion conforme à l'intérêt collectif des cohéritiers, suivant une appréciation fondée sur l'équité.

Enfin, c'est à la catégorie des charges personnelles naissant de l'appropriation simultanée des valeurs héréditaires que l'on convient généralement de rattacher l'obligation pour le cohéritier de subir le partage immédiat de la succession. Nous y reviendrons ultérieurement.

SECTION B. — LES OBLIGATIONS ORDINAIRES DE COMMUNAUTÉ

A côté de ces obligations spécifiques de cohérédité, le cosuccesseur reste soumis au droit commun des obligations ordinaires. C'est ainsi qu'il doit restituer à la masse tout ce qu'il a perçu au moyen de valeurs successorales, qu'il est tenu d'indemniser la communauté du dommage qu'il a causé aux valeurs héréditaires et qu'il doit rem-

1. Art. 792, C. civ.; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, n° 1833.

2. § 745 du *B. G. B.*; Kress, *op. cit.*, p. 300; Strohal, *op. cit.*, 2^e éd., p. 341.

bourser à ses consorts les frais que ces derniers ont exposés dans l'intérêt commun (1).

L'on a utilisé largement, au sujet de la communauté, le concept de gestion d'affaires (2) bien qu'il soit singulier de parler de gestion d'affaires lorsque l'affaire gérée était pour partie celle du gérant et pour partie celle du géré. Il semble que l'on pourrait avantageusement faire revivre, à ce propos, la tradition romaine qui distinguait suivant que le communiste gérant aurait pu agir pour lui seul sans se préoccuper de ses consorts ou suivant qu'il avait agi pour ces derniers en même temps que pour lui-même parce qu'il lui avait été impossible d'agir pour lui seul. Logiquement, il ne devrait y avoir véritable gestion d'affaires que dans le premier cas (3). C'est pourquoi, nous estimons que, si un cohéritier se livre à des actes d'innovation, il ne devra pas être considéré comme ayant fait l'affaire de ses consorts et ne pourra recourir contre eux que jusqu'à concurrence de l'enrichissement effectivement réalisé (4).

1. Domat, *Lois Civiles*, II, titre 5, sect. 2, § 1. Cass. 13 août 1899, S. 1902. I. 485 ; Agen, 9 fév. 1904, *Le Droit*, 24 février 1904. A cet égard, le droit musulman présente des dispositions très particulières. Voir notamment art. 1308 du Medjellat et art. 503 de l'avant-projet de Code présenté à la commission de codification du droit musulman algérien. Lorsque le bien est partageable, Khalil, dans son ouvrage sur le droit musulman, rite malékite (trad. Perron, t. IV, p. 193) déclare que le communiste ne peut être forcé de supporter les frais exposés par son consort.

2. Paris, 1^{er} fév. 1910 sous Cass. D. 1914. I. 379 et note Planiol.

3. En ce sens, Demolombe, *op. cit.*, VIII, n° 108 ; Naquet, note sous S. 1912. I. 305.

4. Cass. 1^{er} juillet 1901, S. 1905. I. 510 et 20 déc. 1910, S. 1912. I. 305.

CHAPITRE II

Le régime juridique des obligations des cohéritiers.

Le cohéritier qui est tenu envers ses consorts d'une obligation de communauté doit-il être traité comme un débiteur ordinaire de la succession? La logique de la théorie classique l'exigerait mais la pratique des législations positives s'est orientée dans une direction différente. Elle a reconnu que les obligations du cohéritier n'étaient pas des obligations abstraites et que leur régime juridique devait être adapté au milieu dans lequel elles étaient nées et où elles devaient être liquidées.

A la vérité, la notion rigide d'obligation s'est assouplie dans la communauté d'héritiers sous l'influence de deux tendances assez distinctes que nous étudierons successivement et qui sont relatives d'une part à l'existence du compte d'indivision qui doit régler la liquidation des rapports réciproques des cosuccesseurs et, d'autre part, à la reconnaissance d'un certain *affectus fraternitatis* qui doit imprégner les relations mutuelles des cohéritiers.

SECTION A. — LA NOTION DE COMPTE D'INDIVISION SUCCESSORALE

C'est un fait bien connu de la pratique que le partage (*Teilung*) doit être précédé d'une détermination exacte des parts revenant à chaque ayant droit (*Auseinandersetzung*).

Les rapports réciproques entre cohéritiers se liquident par un système de balances et de virements dont le solde, suivant qu'il est débiteur ou créiteur, diminue ou augmente la part du cosuccesseur dans la répartition des biens composant l'actif à partager.

Le notaire liquidateur a coutume de dresser au nom de chacun des héritiers un compte qu'il débitera ou créditera suivant les divers événements qui se sont succédés au cours de l'indivision.

Or, si l'on considère l'interprétation que notre jurisprudence a donnée de ces procédés de praticiens, il est impossible de méconnaître qu'elle établit entre les obligations des cohéritiers une certaine connexité en les traitant comme des éléments d'un règlement éventuel de sorte que ces obligations présentent une altération profonde si on les compare aux obligations de droit commun.

La première de ces altérations est celle qui est relative à l'imprescriptibilité de la dette de communauté. Le cohéritier débiteur de la masse ne peut plus prescrire sa dette jusqu'au jour du partage (1). Cette solution a souvent été contestée (2). Elle s'explique à la rigueur pour l'obligation au rapport (3) et pour l'obligation de resti-

1. Cass. 26 juin 1839, Dalloz, *Rép.*, v° *Succ.*, n° 4777; Colmar, 1^{er} mars 1836, S. 1836. II. 373; Trib. de Villefranche de Rouergue, 3 janv. 1908, *Gaz. Trib. Midi*, 3 mai 1908; Cass. Palerme, 13 août 1898, *Circ. giur.*, XXIX, 324.

2. Piola, *op. cit.*, p. 617. La créance ordinaire que le cohéritier possédait contre le défunt n'est pas imprescriptible; Cass. Turin, 21 juillet 1898, *Foro*, XXIII, 1, 1375; Limoges, 8 juin 1907, *Rec. Riom*, 1907, p. 242.

3. Cass. 14 nov. 1849. I. 286; Montpellier, 9 nov. 1898, *Mon. Jud. Midi*, 1^{er} janv. 1899; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 627, note 10. *Contrà*, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, n° 2944.

tution de fruits (1) qui portent sur des éléments de l'actif à partager mais, à l'égard des obligations ordinaires de communauté, elle peut paraître absolument arbitraire (2). En effet, en admettant même avec la jurisprudence, la survie dans notre droit actuel du vieil adage *contra non valentem agere non currit prescriptio*, il est certain que cette maxime ne saurait concerner un créancier qui, dans l'espèce, a toujours la possibilité de faire reconnaître son titre. La suspension de la prescription de l'obligation de communauté ne pourrait se concevoir qu'à l'égard du cohéritier bénéficiaire si l'on consent à étendre la disposition de l'article 2258 du Code civil aux créances que le cohéritier peut avoir acquises contre ses consorts (3).

A la vérité, la théorie jurisprudentielle de la suspension de la prescription de l'obligation de communauté pendant la durée de l'indivision s'explique aisément si l'on reconnaît qu'elle n'est qu'une conséquence de son inexigibilité. Les tribunaux interdisent, en effet, au cohéritier, d'exiger de ses consorts le paiement de sa créance avant le partage où elle doit alors se régler par voie de prélèvement (4). Cette solution a soulevé les critiques unani-

1. *Fructus augent hereditatem*. Voir arrêt de Colmar et jugement de Villefranche de Rouergue précités.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 214, note 24 ; Wahl sous S. 1892. IV. 25.

3. Planiol, II, n° 679. Arrêt Rome, 13 juin 1891, S. 1892. IV. 25 et note Wahl. Cf. Demolombe, *Succ.*, III, n° 201 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescriptions*, n° 441.

4. Cass. 16 juin 1896, *Rép. notariat*, 1897, n° 9376 ; Riom, 22 mai 1893, *Rec. Riom*, 1896, p. 366 ; Trib. civ. Marseille, 18 juin 1908, *Jur. civ. Marseille*, 1908, 406 ; Bruxelles, 24 oct. 1906, *Pand. pér. belges*, n° 1409.

mes de la doctrine (1). Qu'il nous suffise de constater qu'elle est également consacrée par la jurisprudence italienne (2) et par les interprètes du *B. G. B.* allemand (3).

Il semble cependant que le principe de l'inexigibilité de la dette de communauté pendant l'indivision doive subir une exception importante dans la mesure où cette dette pourrait faire l'objet d'une opération de compensation. La jurisprudence admet, en effet, la compensation de la dette de rapport avec la créance que le cohéritier débiteur peut posséder sur la succession indivise (4), bien qu'une telle solution soit contraire à la notion même de rapport dont elle risque de gêner le fonctionnement (5). La vérité est qu'il s'agit ici d'un procédé de liquidation d'obligations réciproques absolument indépendant de la réalisation des conditions de liquidité et d'exigibilité qu'implique la compensation ordinaire (6). Ce procédé est assez analogue au mécanisme du rapport de dettes (7) puisqu'il fonctionne en toutes circonstances même après

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 633, note 15; Laurent, XI, n° 64; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, II, n° 3033.

2. Références dans Piola, *op. cit.*, p. 608, col. 2.

3. Ancien droit prussien, I, 16, § 491. Aujourd'hui, la règle est moins rigoureuse. Le cohéritier créancier peut poursuivre ses consorts mais ceux-ci ne sont forcés de s'exécuter que lorsque le paiement peut être considéré comme un acte d'administration, notamment lorsqu'il est nécessaire à la liquidation du passif successoral antérieurement au partage. Kress, *op. cit.*, p. 128; Planck sur le § 2039 du *B. G. B.*, n° 6.

4. Cass. 20 juillet 1900, S. 1902. I. 177, note Wahl; Douai, 16 déc. 1909, S. 1912. II. 17.

5. Cass. 8 mai 1867, S. 1867. I. 217 et Bourguignat, note sous Cass., S. 1866. I. 185.

6. Cass. 17 nov. 1885, S. 1887. I. 14.

7. Labbé note S. 1888. I. 8.

faillite de l'un des cohéritiers débiteurs (1). Ainsi, donc, cette prétendue compensation des obligations de communauté n'est, en réalité, qu'un mode de règlement de comptes qui est pris dans l'ensemble des opérations du partage et qui participe de sa nature déclarative. C'est pourquoi l'on peut s'expliquer que ces comptes remontent rétroactivement au jour du décès et que c'est à cette date et non à celle où la créance et la dette sont devenues liquides que s'effectue le phénomène d'extinction réciproque des obligations.

Si l'imprescriptibilité de la dette de communauté n'est qu'une conséquence assez naturelle de son inexigibilité, celle-ci se présente à son tour comme la suite logique du troisième caractère de l'obligation héréditaire, à savoir son règlement par voie de prélèvement. Si le cohéritier créancier ne peut exiger paiement de sa créance pendant l'indivision, c'est que ce paiement lui est assuré par le fonctionnement d'un procédé spécial de recouvrement qui lui donne toutes garanties à l'encontre des autres créanciers de son débiteur et qui constitue, à son égard, un véritable privilège. Cette conséquence que l'on accepte volontiers pour les dettes de rapport en moins prenant a soulevé les plus vives contestations à l'égard des obligations issues du fonctionnement de l'indivision. Nous avouons ne pas partager ces scrupules. Le rapport consiste à faire figurer dans la masse active certaines valeurs qui, naturellement, lui seraient étrangères. Le prélèvement n'est qu'une opération de liquidation. Ces deux notions ne sont nullement solidaires (2) et il n'y a pas de raison

1. Cass. 28 juin 1869, D. 1871. I. 48.

2. Cf. Roguin, *Successions en droit comparé*, V, p. 562.

logique pour limiter l'application d'un certain procédé de liquidation à certaines créances de la masse alors que d'autres qui y figurent également resteraient soumises au droit commun de l'extinction des obligations (1). Aussi conçoit-on que les récentes législations allemande et suisse aient suivi sur ce point l'exemple de notre jurisprudence en décidant que toutes les créances de la masse indivise sont susceptibles de s'exécuter par voie de prélèvement (2).

Le règlement par voie de prélèvement apparaît aujourd'hui comme un procédé si recommandable que notre jurisprudence l'a récemment transporté dans le domaine des sociétés (3), de la communauté conjugale (4) et même des indivisions conventionnelles ordinaires (5).

Le prélèvement n'a-t-il qu'un caractère personnel ou provoque-t-il de véritables effets réels ? Les deux thèses ont été soutenues, principalement en Allemagne (6). L'on

1. Cf. Rouast, Du droit de préférence résultant du rapport des dettes, *Rev. trim. droit civil* 1911, p. 698, note 3 et 700 note 1.

2. Art. 829 C. civ., art. 738 du code roumain. § 2042 du *B. G. B.* § 51 de la *Konkursordnung* ; Planck sur le § 2042, 4. g. ; art. 614 du Code civil suisse ; Escher, *op. cit.*, III, p. 303 ; Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 682.

3. Cass. 8 fév. 1882, S. 1882, 1, 224 ; Orléans, 16 mars 1883, S. 1883, II, 459.

4. Nancy, 19 juin 1893, S. 1894, II, 572 ; Trib. Seine, 10 avril 1889, *Journal des Faillites*, 1889, p. 532.

5. Trib. rég. sup. de Cologne, 10 janvier 1899, S. 1900, IV, 35 ; Paris, 11 mars 1911, D. 1912, II, 115.

6. Nous n'insisterons pas sur une troisième théorie qui prétend expliquer le prélèvement en le rattachant à une obligation testamentaire *sui generis*. En ce sens : Matthias, *Lehrb. des B. G. B.*, II, p. 556 ; Schiffer, *Pflichtteil Erbenausgleichung*, p. 115 ; Wolfer, *die Ausgleichung der Erben nach dem schweiz. Zivilgesetzbuch*. Thèse Zurich, 1910, p. 111.

peut prétendre, en effet, que jusqu'à concurrence de son montant, le prélèvement anéantit la vocation héréditaire du cohéritier qui est forcé de le subir et augmente dans la même proportion la part de celui qui peut l'invoquer. Cette théorie, que certains jurisconsultes allemands (1) s'efforcent d'établir sur les caractères de la propriété en main commune, s'est introduite récemment en France (2) où l'on a été jusqu'à déclarer que le cohéritier dont le rapport égale les droits héréditaires a reçu sa part au jour de l'ouverture de la succession (3) et n'a jamais eu droit à aucune fraction des biens successoraux (4).

A la vérité, cette théorie est absolument insoutenable. Elle conduirait à écarter de l'administration de la succession le cohéritier dont la part a été absorbée par un rapport en moins prenant (5) et même à le dispenser de toute participation à la liquidation du passif héréditaire.

En réalité, le débiteur d'un rapport en moins prenant, loin de voir ses prétentions héréditaires anéanties reçoit un allotissement d'une nature particulière (6). Le prélèvement ne produit pas d'effet réel. Il ne s'agit ici que d'une obligation personnelle et qui ne produit effet qu'au jour du partage (7).

1. Strohal, *op. cit.*, 3^e éd., I, p. 70 ; Binder, *op. cit.*, III, p. 176 ; Lehmann, *Das bürgerl. Recht*, II, p. 743.

2. Kohler, *Le Code civil français et la pratique allemande (Livre du Centenaire du Code Civil*, II, p. 621) ; De Folleville, *Rev. de droit et de jurisprudence*, 1878, p. 280 ; Chambéry, 18 juin 1878 ; S. 1882, I, 218, col. 2 ; Dijon, 27 déc. 1905, D. 1906, II, 28.

3. Orléans, 25 juillet 1890, S. 1891, II, 167.

4. Tissier, note sous S. 1894, I, 179.

5. Staudinger, *op. cit.*, sur le § 2055, rem. 4.

6. Desserteaux, *op. cit.*, p. 375.

7. Planck, *op. cit.*, § 2050 à 2057, n° 13 ; Hachenburg, *Das B. G.*

Plaçons-nous donc au jour du partage et cherchons à comprendre la façon suivant laquelle s'effectue le prélèvement.

On a souvent tenté de ramener le procédé de l'imputation au droit commun des obligations en l'expliquant par des phénomènes de compensation (1), d'*exceptio non adimpleti contractus* (2) ou même de rétention (3).

Ces tentatives d'explications nous paraissent insuffisantes.

Le prélèvement, à l'inverse de la compensation, peut porter sur des dettes non exigibles, alors même que celui qui le subit serait en état de faillite (4). Il n'est pas lié, comme l'*exceptio non adimpleti contractus*, à l'idée de contrat synallagmatique (5). Enfin, contrairement au droit de rétention, il ne constitue pas un moyen de contrainte temporaire mais un mode de règlement définitif (6).

A la vérité, ces tentatives d'analyse du prélève-

B., *Vorträge*, p. 720 ; Huber, *Exposé des motifs*, p. 128 ; Rossel et Menth, *op. cit.*, p. 713 ; Laurent X, 405 ; Cass., 8 déc. 1884, S. 1885, I, 145 et note conforme de M. Labbé.

1. Cass. 24 oct. 1902, D. 1907, I, 41, note Colin ; Besançon, 15 nov. 1901, S. 1905, II, 90, note Wahl.

2. Apostolesco, *Du droit de prélèvement entre copartageants*, p. 25 et 33.

3. Rouast, *Du droit de prélèvement résultant du rapport des dettes*, *Rev. trim. de droit civil*, 1911, p. 687.

4. Cass. 8 fév. 1882, D. 1882, I, 317 ; Trib. Civil Seine, 9 déc. 1911, *Journal des Faillites*, 1912, p. 25.

5. Planiol, *op. cit.*, II, 949 ; Saleilles, *Théorie de l'obligation dans le Code civil allemand*, n° 171 ; Cf. Demogue, *Des modifications aux contrats par volonté unilatérale*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1907, p. 248 s.

6. Voir Rouast, *op. cit.*, p. 706. Comment concevoir d'ailleurs, la rétention de la possession d'une quote-part d'hérédité ?

ment s'inspirent du désir de réduire le prélèvement à n'être qu'une sorte de paiement qualifié contrairement aux données les plus certaines de la jurisprudence (1) et ne s'expliquent que par le désir d'incorporer dans les cadres juridiques traditionnels des institutions absolument autonomes.

A notre avis, il nous paraît que sous le nom d'imputation, l'on confond deux opérations juridiques assez voisines mais qui sont loin d'être identiques : le prélèvement subi par le cohéritier débiteur de la masse et celui qui est exercé par le cosuccesseur de l'hérédité.

Dans le premier cas, le prélèvement est exercé par les copartageants créanciers non pas à titre de créanciers mais à titre de copropriétaires. Il ne s'agit ici que d'une opération de partage (2) qui constitue une simple dérogation au principe de l'article 832 du Code civil sur l'égalité de composition des lots (3).

Au contraire, lorsque le cohéritier est créancier de l'hérédité, il est impossible de parler d'un prolongement du rapport des dettes puisque, dans ce cas, la dette existe à la charge de la succession. Il ne peut donc s'agir de quelque chose d'équivalent au rapport en moins prenant des héritiers débiteurs (4).

1. Cass. 21 octobre 1902, D. 1907, I, 41 note Colin.

2. Cass. 6 août 1895, D. 1896, I, 124. Conclusions de l'avocat général Baudouin au sujet de l'arrêt des Chambres réunies de 1907, précité ; Chironi, *Trattato dei privilegio, delle ipoteche e del pegno*, I, p. 321 ; Massigli, *Rev. critique*, 1889, p. 460.

3. Escher, *op. cit.*, III, p. 338 ; Delassalle, *op. cit.*, p. 27.

4. Pothier, *Sociétés*, n° 160 ; Trib. Louhans, 21 déc. 1883, *Gaz. Palais*, 1884, I, 105 ; Limoges, 19 juillet 1900, *Rec.*, Riom, 1903, p. 108 ; Cass. Turin, 15 juin 1893, *Giur. ital*, 1893, 433 ; Venise, 1^{er} mars 1898, *Tem. Ven.*, 1898, 236. Cf. Piola, *op. cit.*, p. 648 et Cass. Naples, 25 fév. 1898, *Annali*, 32, I, 167.

Ce privilège qui existe à l'égard du cohéritier créancier de la masse vis-à-vis des autres créanciers des cohéritiers ne pourrait s'expliquer qu'en admettant que, tandis que les créanciers ordinaires des cohéritiers n'ont de gage que sur les biens qui sont attribués à leur débiteur au jour du partage, le cohéritier créancier a comme gage la totalité de la masse indivise (1).

A cet égard, une comparaison s'impose entre le cohéritier et la femme commune en biens. Les prélèvements de cette dernière ne sont pas opposables aux créanciers de la communauté mais peuvent s'exercer aux dépens des créanciers personnels du mari sur les biens de la communauté (2). Il est singulier de constater que, de même qu'ils avaient traité la femme exerçant ses reprises comme une créancière de la communauté conjugale, les tribunaux ont fini par faire du cohéritier un véritable créancier d'une société héréditaire personnifiée (3). Dans un cas comme dans l'autre, lorsque la question se pose de régler les droits de l'associé créancier et que les autres créanciers de la masse ont été désintéressés ou n'interviennent pas, l'associé créancier se remplit de sa créance à titre de copropriétaire.

Ces explications nous permettent de comprendre pourquoi les magistrats n'autorisent le cohéritier créancier à exercer le prélèvement que dans la mesure où son droit porte véritablement sur la masse et non pas seulement sur le patrimoine personnel des autres cosuccesseurs. La validité du prélèvement est subordonnée à l'existence

1. Cotelle, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1905, p. 44 et 42.

2. Planiol, *op. cit.*, III, n° 1278.

3. Cotelle, *op. cit.*; Gazin, *op. cit.*, p. 182; Picard, *De la preuve par commune renommée*, p. 47.

d'un rapport de connexité de la créance privilégiée avec l'indivision héréditaire (1).

Quoi qu'il en soit, remarquons que ce privilège des cohéritiers par rapport aux créanciers personnels de chacun d'eux cadre si bien avec le concept de l'hérédité patrimoniale propre, que dans les législations, où précisément l'indivision successorale est considérée comme une masse patrimoniale distincte de la fortune personnelle des cosuccesseurs, on est arrivé tout naturellement à la solution que notre jurisprudence n'a fini par consacrer qu'à la suite d'une lente évolution. C'est ainsi que dans les législations germaniques, la créance d'un cohéritier sur la masse successorale est traitée comme un élément quelconque du passif successoral qui se liquide avec lui antérieurement au partage (2).

Reprenons maintenant les traits distinctifs de l'obligation de communauté. Cette obligation est imprescriptible pendant la durée de l'indivision, inexigible et se règle au jour du partage par un système de compensations mutuelles dont le solde créditeur se réalise par voie de prélèvement (3). Une telle construction n'évoque-t-elle pas à l'esprit la suggestion d'une comparaison avec cette institution bien connue du compte-courant où nous rencon-

1. Cass. 7 juillet 1892, D. 1893, I, 5 note De Loynes ; Cass. 23 avril 1898, D. 1898, I, 390 ; Paris, 11 mai 1914, D. 1912, II, 115 ; Cass. 12 juillet 1916, D. 1920, I, 103 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 624, note 27.

2. Strohal, *op. cit.*, II p. 340 ; Planck, sur le § 2046, no 4 ; Binder, III, p. 344 ; Kress, *op. cit.*, p. 102. Le cohéritier peut poursuivre ses consorts même avant le partage (Strohal, *op. cit.*, II, § 64 rem. II). En Suisse, le cohéritier qui exige le paiement de sa dette doit demander en même temps le règlement du passif global de la succession (Escher, *op. cit.*, III, p. 294).

3. Art. 828, al. 2 du Code Civil.

trons également cette indivisibilité qui absorbe dans le compte toute la série des articles qui doivent concourir à la formation du solde ? La novation des opérations isolées ne se caractérise-t-elle pas dans les deux cas par une prorogation de la compensation, par l'inexigibilité et l'imprescriptibilité temporaire de chacun des éléments du compte jointes à une production automatique des intérêts ?

Certes, il ne peut s'agir ici d'assimiler deux institutions très distinctes (1). Qu'il nous suffise d'indiquer que la notion d'un solde privilégié est évidemment étrangère à la théorie du compte courant (2). Toutefois, il nous a paru qu'il convenait de mettre en lumière le procédé si original grâce auquel notre jurisprudence a construit le mécanisme du compte d'indivision successorale (3).

SECTION B. — LA NOTION DE *JUS FRATERNITATIS* ENTRE COHÉRITIERS

La notion de *jus fraternitatis* entre cohéritiers n'est consacrée par aucun texte. Elle cadre peut être assez mal avec les préoccupations fiscales du législateur actuel (4). Toutefois, si elle ne présente pas le caractère d'une règle de droit aux contours fixes et arrêtés, elle permet d'expliquer les nuances subtiles de certaines décisions d'espèce.

Certes, cette conception d'un devoir particulier de bien-

1. Cf. Cassin, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques*, p. 243.

2. Comparer dans une matière assez voisine les analogies du compte de tutelle et du compte courant, note Naquet, S. 1910, I, 537.

3. Cf. Limoges, 8 juin 1907, *Rec.*, Riom, 1907, p. 242.

4. Voir Julliot de la Morandière et Lerebours-Pigeonnière dans *Rev. trim. de dr. Civil*, 1909, p. 962.

veillance mutuelle entre cohéritiers paraît bien être étrangère aux principes de la tradition classique. La distinction radicale de la société et de la communauté a conduit les auteurs à repousser en notre matière l'application des articles 1848 et 1849 du C. civ. qui consacrent l'existence au sein de la société de cet *affectus societatis* d'après lequel l'associé doit traiter l'affaire de la société et la sienne propre avec une égale vigilance, sans préférence aucune pour la sienne (1).

N'avons-nous pas vu, cependant, que les tribunaux avaient maintes fois décidé qu'un cohéritier devait à ses consorts la communication des profits qu'il avait réalisés au moyen d'une valeur indivise ? Les articles 860 et 865 édictent, au sujet du rapport, des règles absolument opposées à celles des articles 929 et 930 relatifs à la réduction et cette différence ne peut s'expliquer que par la raison qu'en donnait déjà Pothier : *res non sunt amare tractandae inter personas conjunctas* (2).

Cette tendance législative est fort ancienne. Les Romains admettaient déjà que la responsabilité des cohéritiers doit s'apprécier *in concreto* (3) et cette règle s'est maintenue jusqu'à nos jours (4), si bien que l'on veut voir dans l'arti-

1. Thaller, *op. cit.*, n° 238 ; Aubry et Rau, II, § 221 et surtout Labbé, note S. 1885, I, 143.

2. Pothier, Succ. ch. 4, art. 2, § 7. Voir également au sujet de l'impossibilité du vol entre héritiers, Jousse, *Traité de la législation criminelle*, IV, p. 176.

3. Paul D. 10, 2, 25, 40 ; Windscheid, Pand., III, § 608, n° 24.

4. Demolombe XVI, nos 488 bis et 498 ; Laurent XI, n° 12 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, n° 2841. Cf. pour le mandat, art. 1992, C. civ. Au contraire, les jurisconsultes allemands estiment que le cohéritier doit être responsable conformément au droit commun (Binder, *op. cit.*, III, p. 77, note 71).

de 863 du Code Civil une dérogation au droit commun de l'indivision successorale.

C'est également à l'adage *res inter coheredes non sunt amare tractandæ* que l'on peut rattacher cette disposition exceptionnelle de l'article 875 du Code civil qui organise un fractionnement du recours hypothécaire du cohéritier qui a payé la totalité de la dette en l'empêchant d'user de la subrogation légale et de provoquer ainsi une série de recours successifs (1).

C'est encore à cet état d'esprit qu'il faut rattacher les décisions judiciaires qui ont admis au bénéfice de la compensation légale les intérêts des sommes rapportables par les cosuccesseurs alors qu'ils seraient de taux différents et cela quand bien même la dette de l'un des cohéritiers ne produirait pas intérêt de plein droit (2). Ne convient-il pas, en effet, d'atténuer la rigueur d'une inégalité trop considérable entre les cosuccesseurs?

Enfin, les tribunaux ont estimé que le devoir d'humanité était le premier de tous les droits et, devant la lenteur des opérations de liquidation, ils n'ont pas hésité à accorder au cohéritier nécessiteux une provision à valoir sur sa part dans le partage ultérieur (3). La Cour de Cassation est allée même jusqu'à déclarer que cette provision ne constituait pas une véritable avance de nature à por-

1. Demolombe, *op. cit.*, V, 80; Thézard, *Rev. crit.*, 1879, p. 277; Charmont, note *Pand. franç.*, 1905, 446. Cf. art. 1214 C. civ. Cette disposition n'existe pas en Italie où l'on applique le droit commun (Giorgi, *op. cit.*, 7^e éd., VI, p. 545).

2. Cass. 10 janv. 1852, S. 1852. I. 271; Pau, 30 nov. 1869, S. 1870. II. 85.

3. Références dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, II, nos 2111 et 2112. Trib. Marseille, 1^{er} déc. 1910, *Jur. civ. Marseille*, 1911, 83.

ter intérêt parce qu'elle ne causait aucun préjudice aux autres héritiers (1).

Si la jurisprudence oblige les cohéritiers à modérer dans leurs rapports réciproques l'intransigeance de leurs prétentions respectives, il convient de reconnaître qu'elle leur prescrit une délicatesse particulière dans l'exécution de leurs relations mutuelles. C'est ainsi qu'elle estime que l'on doit faire preuve d'une plus grande vigilance à l'égard des biens que l'on possède en commun avec un tiers qu'au sujet de ceux qui vous appartiennent en propre (2).

L'idée qu'en matière de communauté, la bonne foi dépasse la mesure ordinaire, remonte au droit romain (3). Elle permet d'expliquer la disposition exceptionnelle de l'article 889 du Code civil qui admet la possibilité de la rescision d'une opération aléatoire (4) lorsque la lésion provient d'une fraude qui n'est pas seulement le dol contractuel mais peut même n'être qu'une fraude paulienne puisque cette fraude se réduit à la simple connaissance que le cessionnaire avait de l'hérédité alors que son cohéritier était resté dans l'ignorance de la consistance de cette hérédité (5).

C'est à une idée analogue qu'ont obéi les décisions judiciaires qui ont décidé que la renonciation aux successions

1. Cass. 20 juin 1887, S. 1888. I. 408. Voir également Toulouse, 26 mai 1908, S. 1909. II. 125 qui parle ici d'obligation naturelle.

2. Laurent, *op. cit.*, X, n° 223.

3. D. 47, 2, 63; C. 4, 38. 44.

4. Lyon, 1^{er} mars 1911, *Gaz. Trib.*, 27 juin 1911 et les renvois. Sur une erreur d'interprétation de l'ancien droit par les rédacteurs du Code, voir Meringhac note sous D. 1909. II. 106, col. 2.

5. Aubry et Rau, § 626-2°; Meringhac note précitée; Alger, 31 mai 1940, *Rev. alg.*, 1941, 174.

n'était pas valable lorsqu'elle émanait d'un cohéritier uniquement inspiré par le désir de nuire à ses consorts (1).

C'est également au nom de ce devoir particulier de vigilance bienveillante que nous voyons les tribunaux établir une solidarité entre les cohéritiers qui se trouvent débiteurs envers la succession d'une obligation quasi délictuelle par suite de leur imprévoyance ou de leur faute (2).

C'est enfin ce même concept d'ordre moral de la nécessité d'une honnêteté scrupuleuse dans les rapports entre les cosuccesseurs qui permet d'expliquer pourquoi le recel successoral est si sévèrement réprimé par le législateur. L'on a fait justement observer que la disposition de l'art. 792 de notre Code civil qui frappe le cohéritier recéleur de la perte de sa part dans la chose commune constituait une véritable peine privée (3).

Les dispositions relatives au recel successoral semblent être les vestiges d'un état de droit antérieur où l'on n'admettait pas qu'il fut possible de se voler entre communistes (4).

Il n'en faut pas conclure, ainsi qu'on l'a fait quelquefois (5), que la peine du recel est incompatible avec la peine criminelle du vol. La maxime *non bis in idem*

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, II, n° 1716.

2. Cass. 12 mai 1909, D. 1911. I. 209 et la note.

3. Louis Huguenev, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, p. 135.

4. Jousse, *op. cit.*, IV, p. 176 ; Merlin, *Rép.*, v° *Vol*, sect. 2, § 2, art. 2.

5. Planiol, note au D. 1894. I. 145 ; Guénée, note au D. 1903. I. 603.

ne saurait trouver d'application ici puisqu'il s'agit de deux incriminations distinctes sanctionnées d'une façon toute différente. A la vérité, la notion de recel dépasse singulièrement celle de détournement puisqu'elle s'étend à toute fraude au moyen de laquelle le cohéritier recéleur a tenté de rompre l'égalité successorale au détriment de ses consorts (1).

Au surplus, les motifs de décence particulière qui motivent la disposition de l'article 380 du Code pénal, relative à l'absence d'incrimination du vol entre certains parents et entre conjoints, ne présentent plus la même force à l'égard des cohéritiers à une époque où la solidarité familiale voit ses liens se desserrer chaque jour davantage (2).

Cependant, tout en reconnaissant l'atténuation progressive du caractère pénal du recel successoral (3), nous ne saurions admettre, avec la jurisprudence (4), la possibilité

1. Cass. 28 oct. 1907, D. 1910. I. 292 et les renvois. Cass. 15 nov. 1911, S. 1912. I. III.

2. Garçon, Code Pénal annoté sous l'art. 379, n° 338. Cependant, l'art. 2079 du Code portugais admet que le *cabeça de casal* qui est le cohéritier administrateur de l'indivision ne peut, en recélant, commettre un vol au détriment de ses consorts.

3. Bartin, note sous D. 1899. II. 481.

4. Voir références dans Garçon, *op. cit.*, n° 360 s. La jurisprudence reconnaît d'ailleurs qu'il ne peut y avoir recel au cas où le cohéritier recéleur était en même temps séquestre ou administrateur de la succession (Cass. 15 déc. 1902, D. 1903. I. 609 ; Pilon, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1904, p. 204 ; *Contra*, Ferron note sous S. 1900. I. 129 et Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 1847). Cette interprétation se justifie par ce fait que, à la suite de la désignation d'un cohéritier comme séquestre, il s'est produit une sorte de novation dans son titre possesseur et qu'en particulier, ses consorts doivent cesser de bénéficier d'une disposition qui ne s'explique que par le caractère fortuit et inévitable de l'indivision qu'ils subissaient (Cf. une distinction proposée par Fuzier-Hermann, *Rép. Suppl.*, v° *Acceptation de successions*, n° 463-4°).

du vol entre communistes. Mais l'impossibilité du vol entre héritiers ne réside plus, à nos yeux, que dans la structure interne de la copossession héréditaire. En effet, le *corpus possessionis* étant strictement indivisible, il est impossible de dérober ce dont l'on est déjà détenteur (1).

Toutefois, nous avons vu que le coposseur qui possède exclusivement en fait est, en quelque sorte, le représentant légal de ses consorts dont l'absence de participation à la possession matérielle commune peut être interprétée comme un acte de confiance provisoire. C'est pourquoi nous n'hésiterions pas à déclarer que le cohéritier qui, au lieu de posséder pour le compte de ses communistes, entend posséder pour lui seul commet un véritable abus de confiance et qu'il encourt, à ce titre, les peines prévues par l'article 408 du Code pénal (2).

1. En ce sens ordre du jour de la Convention du 3 messidor an II, Merlin, *Rép.*, v^o *Recélé*; Le Sellyer, *Traité*, I, 216.

2. A condition de ne pas subordonner l'application de ce texte à l'existence d'un mandat exprès ou d'un dépôt spécial (Voir à ce sujet Garçon, *op. cit.*, sous l'art. 408, n^o 407).

TITRE IV

LES RAPPORTS DES COHÉRITIERS AVEC LES TIERS

CHAPITRE PREMIER

L'établissement du titre de cohéritier à l'égard des tiers.

Les rapports des cohéritiers avec les tiers sont à la fois variés et nombreux.

Toutefois, avant de les étudier dans le détail de leur réglementation respective, il convient d'examiner sommairement les procédés grâce auxquels le cohéritier peut établir son titre à l'égard des tiers à l'indivision.

En effet, la détermination exacte de la nature et de l'étendue des quote-parts héréditaires est une condition nécessaire du crédit des successeurs universels puisque les individus qui traitent avec ces derniers doivent compter sur l'éventualité d'un partage à faire ou sur la possibilité d'un partage déjà fait (1).

Or, nous ne connaissons pas en France, pour les transmissions à cause de mort, une institution comparable à celle des livres fonciers. Le livret de famille est dépourvu de valeur officielle et n'est qu'assez rarement tenu à jour ; il est d'ailleurs sans valeur lorsqu'il s'agit d'une succes-

1. Rapport de MM. Thézard et Girard sur le projet Darlan modifié au Sénat 23 oct. 1908 (*J. O., Sén. Déb. Parl.*, S. E. 1908, p. 1026).

sion testamentaire. L'intitulé d'inventaire n'a qu'une valeur indicative et ne possède pas de force probante authentique (1).

L'acte de notoriété dressé par un notaire ou un officier public n'a pas plus de valeur légale (2). Enfin, le certificat de propriété établi par le notaire ou le juge de paix, outre qu'il est également dépourvu de force probante, ne s'applique qu'à certains biens et principalement aux créances dont le défunt était titulaire sur l'État ou sur une caisse publique (3).

Ainsi donc, le tiers qui traite avec un individu qu'il croit héritier unique est dans l'impossibilité de s'assurer si son contractant ne possède dans l'hérédité qu'un droit fractionnaire. Cet inconvénient était atténué dans les civilisations anciennes qui accordaient un rôle important à la solidarité familiale et qui reconnaissaient volontiers que chaque héritier doit être considéré comme le représentant des autres à l'égard des étrangers (4).

Aujourd'hui même, l'on peut éviter l'inconvénient résultant de l'absence d'un procédé de publicité héréditaire en étendant aux opérations effectuées par le cohéritier qui a la qualité d'héritier apparent unique la théorie jurisprudentielle de la validité des actes accomplis par l'héritier apparent ordinaire (5).

1. Voir à ce sujet Douce, *Du rôle et de la responsabilité du notaire en matière de transmissions successorales*, thèse Paris, 1907, p. 48.

2. Cass. 27 janv. 1862, D. 1862. I. 225.

3. Landel et Didio, *Encyclopédie du notariat et de l'enregistrement*, v^o *Certificat de propriété* n^o 69.

4. Crémieu, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1910, *De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent*, p. 59.

5. Cass. 12 janv. 1842, S. 1842. I. 420. Cass. 13 mai 1879, S. 1879.

Reconnaissons, cependant, que ce palliatif est manifestement insuffisant. En effet, il ne s'applique pas aux cessions globales d'hérédité puisque l'article 1696 du Code civil qui impose au cédant de garantir sa qualité d'héritier la suppose implicitement devoir exister dans sa personne. En outre, il a l'inconvénient, sous le prétexte de fortifier le crédit individuel, d'entraîner la ruine des cohéritiers du cédant, lorsque l'insolvabilité de ce dernier l'empêche de réparer le préjudice qu'il leur a fait subir (1).

Les législations germaniques ont organisé depuis longtemps un système destiné à donner satisfaction à tous les intérêts en présence.

C'est ainsi que la loi suisse a prescrit la publicité des transmissions universelles à cause de mort (2) et que la loi autrichienne ordonne la publicité du jugement sur la procédure d'envoi en possession qui s'impose à tous les successeurs (3).

Toutefois le procédé technique le plus satisfaisant paraît bien être l'institution allemande du certificat d'héritier (*Erbschein*). Le certificat d'héritier délivré par le tribunal de la succession a une valeur telle que le tiers qui acquiert

I. 359; Cass. 16 fév. 1881, S. 1882. I. 135; Trib. civ. d'Alger, 30 nov 1911, *Journal de lég. alg.*, 1913, p. 30; Desserteaux, *op. cit.*, p. 304; Troplong, *Louage*, n° 55, notes 1 et 2. Voir aussi trib. civ. Seine, 6 mars 1908, *Gaz. Pal.*, 1908. I. 571. Cf. Lyon, 20 mai 1854, S. 1875. II. 513; Demolombe, III, n° 100 s.

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, I, n° 946; Planiol, III, n° 2056. Cass. 28 août 1833, S. 1833. I. 737. Cf. Paul Jozon, *Rev. prat.*, p. 394.

2. Sur l'ancien droit suisse, voir Huber, *op. cit.*, II, 427. Une ordonnance de l'administrateur du *Grundbuch* devait réglementer les conditions d'opposabilité aux tiers du régime de la *Gesammte Hand* (Décisions de la Commission d'experts, sur l'art. 657 du projet).

3. § 797 s. du Code civil autrichien.

de bonne foi de celui qui est désigné comme héritier par ce certificat est mis à l'abri des réclamations des héritiers véritables.

Au cas de pluralité d'héritiers, le B. G. B. prévoit la délivrance d'un double certificat (1).

Tout d'abord, le tribunal de la succession peut délivrer à tous les héritiers un certificat collectif sur la demande de l'un d'eux, conformément au § 2357 du B. G. B. (2). Ce certificat collectif qui indique le nom de tous les successeurs et la part de chacun d'eux dans la succession a pour effet de mettre à l'abri l'acquéreur de bonne foi qui a acquis un objet successoral de l'ensemble des cohéritiers, conformément aux principes de la *Gesamnte Hand*.

Mais le tribunal peut également délivrer un certificat individuel à chaque successeur. Ce certificat indique exactement la part successorale du titulaire et lui sert principalement à aliéner sa quote-part d'hérédité globale. Il convient cependant de remarquer que, à la différence du certificat collectif, le certificat individuel est dépourvu de force légale car l'*Erbschein* n'a pour but que de protéger les acquéreurs d'objets successoraux particuliers et non pas les cessionnaires d'hérédité. D'ailleurs le § 2030 du B. G. B. assimile au possesseur d'hérédité celui qui a traité avec lui de sorte que le cessionnaire du cosuccesseur sera assimilé à un simple possesseur partiaire d'hérédité dans ses rapports avec les cohéritiers de son auteur.

C'est une réglementation sensiblement analogue à celle

1. Voir des modèles d'*erbschein* dans la thèse de M. Marcel Lévy, *Le certificat d'héritier*, p. 212 s.

2. Cf. détails dans Planck sur le § 2357 ; Kress, *op. cit.*, p. 55 ; Binder, *op. cit.*, III, p. 70, note 47.

du droit allemand que nous rencontrons dans la loi foncière tunisienne (1).

Ces considérations préliminaires vont nous permettre d'aborder utilement l'étude des relations juridiques qui peuvent s'établir entre les cohéritiers et les tiers à l'indivision. Nous diviserons les développements qui vont suivre en trois titres distincts qui seront consacrés respectivement aux rapports d'aliénation, aux rapports de crédit et aux rapports de procédure.

1. Art. 32 et 374. Voir, à ce sujet, jugements du tribunal civil de Tunis des 24 nov. 1909 et 30 nov. 1910 (*Journal des tribunaux de Tunisie*, 1910, p. 548 et 1911, p. 273).

CHAPITRE II

Les rapports d'aliénation.

Le problème législatif de l'aliénation par les cohéritiers des valeurs indivises doit concilier deux intérêts très différents et souvent opposés.

L'on conçoit, en effet, qu'il faille empêcher un communiste de dissiper le patrimoine commun par des réalisations illégales.

D'autre part, l'on comprend qu'on doive l'autoriser à faire argent des droits qu'il possède dans la masse sans attendre le jour du partage qui peut être retardé pour des raisons diverses.

Cette conciliation a été réalisée, dans le domaine des sociétés, par la reconnaissance au profit de l'associé de la libre aliénabilité de sa part sociale (sauf lorsqu'il s'agit d'une société de personnes) et par l'interdiction à ce même associé de disposer de l'un quelconque des biens communs même jusqu'à concurrence de sa part.

L'on peut donc imaginer, *a priori*, que les opérations portant sur les objets indivis particuliers doivent être soumises à un régime juridique différent de celles qui portent sur la masse globale. Les premières ont pour effet de faire sortir de la masse une valeur déterminée ; les secondes se bornent à modifier le personnel des sujets actifs de la communauté en substituant simplement la personnalité du cessionnaire à celle du cédant.

Toutefois ces deux catégories différentes d'aliénations

que nous étudierons successivement offrent ce trait commun de constituer des opérations essentiellement aléatoires (1) présentant un caractère généralement équivoque qui en fait trop fréquemment l'objet de l'activité professionnelle des gens d'affaires louches et des banquiers véreux. L'opération ne peut acquérir une valeur sérieuse que si tous les cohéritiers y participent (2). A cet égard, notre loi du 31 décembre 1910 sur l'hypothèque consentie solidairement par les cohéritiers a considérablement augmenté le crédit des membres de la communauté successorale.

SECTION A. — LA CESSION PARTIAIRE DE DROITS SUCCESSIFS

L'aliénabilité par le cohéritier de son droit sur la succession globale est reconnue par presque toutes les législations positives (3) qui estiment avec raison que la communauté d'héritiers n'étant qu'une institution exclusivement patrimoniale, le cohéritier doit avoir la faculté de faire argent de son droit (4). Remarquons que cette aliéna-

1. Remarquons que la cession échappe à la rescision pour cause de lésion là précisément où elle recouvre un caractère commutatif c'est-à-dire lorsqu'elle est effectuée entre héritiers (art. 1889 du C. civ.).

2. Le Crédit Foncier refuse de consentir des prêts à un ou à plusieurs copropriétaires de biens indivis (Amiaud, *Traité formulaire*, v^o Inscription hypothécaire, n^o 65).

3. En droit français, la validité de la cession de droits successifs est impliquée par les dispositions relatives au retrait successoral (Guilouard, *Vente*, n^o 1896).

4. Une convention par laquelle les cohéritiers décideraient d'établir l'inaliénabilité de leur quote successorale se heurterait en Allemagne au § 137 du *B. G. B.*, en Suisse à l'art. 960 du Code Fédéral et en France à la jurisprudence relative aux clauses d'inaliénabilité.

bilité est particulièrement nécessaire dans les législations telles que la législation allemande qui, ainsi que nous le verrons plus loin, interdisent au cosuccesseur de disposer de sa part dans les objets indivis particuliers (1).

Il n'y a guère que le Code fédéral suisse et le Code civil portugais, qui aient étendu à la communauté d'héritiers la notion d'*intuitus personæ* des sociétés en nom collectif en interprétant la cession de quote-part d'hérédité comme un simple acte de disposition éventuelle sur le lotissement à recueillir au jour du partage (2).

§ 1. — *Objet de la cession.*

La cession d'hérédité suppose naturellement que le cohéritier transmet au cessionnaire la totalité des prétentions juridiques qu'il possède sur la succession commune (3). Mais ces prétentions ne sont garanties que par la qualité de cohéritier dans la personne du cédant et l'article 1697 du Code civil, en obligeant indirectement le cessionnaire à respecter les ventes antérieures à la cession, indique suffisamment que ce cessionnaire ne peut être considéré comme un véritable acquéreur d'objets particuliers puisque l'obligation qui lui incombe existe même

1. Alors que la cession d'hérédité par l'héritier unique n'a qu'un effet obligationnel (§ 2371), la cession partielle de cohérédité à un effet réel c'est-à-dire immédiat et complet. La 2^e Commission de rédaction du *B. G. B.* s'est résignée à cette inconséquence théorique afin de permettre au cohéritier de se libérer du joug assez pesant de la *Gesammte Hand* (Binder, *op. cit.*, III, p. 93).

2. C. féd. suisse, art. 635, al. 2, Code civil portugais, art. 2045.

3. Cass. 5 juin 1905, S. 1907, I, 226. L'étendue de la cession doit être recherchée dans l'intention des parties, Cass. 10 juin 1834, S. 1834, I, 241.

alors que les aliénations en question ne lui auraient pas été rendues opposables.

La cession de plusieurs droits indivis particuliers ne peut donc être assimilée, dans ses effets, à la cession d'une quote-part de l'hérédité que dans le cas où une cession globale s'accompagne d'une rétention au profit du cédant de certaines prérogatives particulières (1) ou lorsque les objets indivis qui font l'objet de la cession partielle constituent exclusivement ou presque complètement la totalité de l'actif héréditaire (2).

L'on peut concevoir *a priori* que le droit global sur la masse indivise puisse être l'objet de tous les actes d'aliénation par lesquels une prétention juridique peut être réalisée. Cependant, si la jurisprudence française n'ignore pas le legs partiel d'hérédité qu'elle analyse fort exactement en un legs à titre particulier d'une universalité dont le passif incombe au bénéficiaire (3), elle réduit les effets de la saisie de la quote-part d'hérédité à ceux d'une simple opposition au partage (4) tout en admettant que cette saisie entraîne cependant une indisponibilité réelle de la quote (5).

Au surplus, notre pratique française ignore la constitution d'usufruit sur quote-parts héréditaires malgré la fréquence des usufruits universels, légaux ou testamentaires. Enfin, elle a trouvé dans l'article 2076 du Code

1. Cass. 5 juin 1905, S. 1907, I, 226.

2. Rennes, 15 janv. 1880, D. 1881, II, 414 ; Cf. Paris, 1^{er} juillet 1909, S. 1910, II, 172.

3. Cass. 15 juin 1868, D. 1868, I, 324.

4. Cass. 2 juin 1908, D. 1909, I, 14.

5. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, p. 571 ; Cass. 18 juillet 1899, S. 1900, I, 27 ; Rouen, 9 mars 1901, S. 1906, II, 240 ; Reims, 21 janv. 1913, *Gaz. Pal.*, 15 nov. 1913.

civil un argument qui lui permet de prétendre que le droit successif ne peut être grevé d'un nantissement ou d'une hypothèque (1). Cette interprétation est particulièrement grave puisqu'on ne peut appliquer au droit successif les règles relatives à l'engagement des créances ou des titres incorporels car les droits du cohéritier sur la communauté héréditaire ne comportent pas de débiteurs et ne sont représentés par aucun titre qui puisse être remis aux mains du créancier gagiste.

Ainsi donc, un cohéritier ne peut, d'après la loi française, disposer de son droit sur l'hérédité qu'en l'aliénant. L'on comprend dans ces conditions que certains esprits se soient préoccupés de développer la valeur de crédit du droit successif, soit en proposant d'en faire l'objet d'une hypothèque mobilière *sui generis* (2), soit en le soumettant à certains procédés de valorisation organisés par des lois étrangères, tels que la *Pfandverschreibung* des articles 863 et 874 de l'ancien Code de Zurich qui autorisait un créancier quelconque à prendre gage sur un droit incorporel de son débiteur par une inscription au registre de nantissement quand il n'y avait aucun doute sur l'identité du droit engagé en nantissement (3).

Quant aux législations germaniques, elles n'ont jamais hésité à tirer de la libre aliénabilité la quote d'hérédité indivise, toutes les conséquences qu'elle comporte. C'est ainsi qu'en droit allemand, le droit successif peut faire l'objet d'une exécution forcée, d'une constitution d'usufruit ou d'un nantissement. Il y a lieu de remarquer, à ce

1. Cass. 19 fév. 1894, S. 1894, I, 273 et note Lyon-Caen ; Cass. 29 juin 1896, S. 1897, I, 177 ; Guillouard, *Nantissement*, n° 93.

2. Lyon-Caen, note précitée.

3. Guillouard, *op. cit.*

sujet, que ces opérations ont l'avantage d'échapper au retrait successoral que la loi réserve aux seuls actes de vente de droit successif (1).

§ 2. — *Conditions de validité de la cession.*

Les législations issues de la tradition romaine ne subordonnent la validité de la cession partiaire de droit successif à aucune forme particulière. Cette cession est absolument libre ; elle ne dépend pas, en particulier, de l'autorisation préalable des cohéritiers (2) et elle n'est interdite que lorsque les créanciers du cédant ont fait opposition au partage (3). Remarquons, à ce sujet, que cette assimilation qu'établit notre jurisprudence entre l'opposition à partage et la saisie-arrêt pourrait être justement critiquée puisque le mécanisme de deux institutions est radicalement différent (4). Constatons simplement que, lorsque les créanciers d'un cosuccesseur font opposition au partage, le droit successif de leur débiteur est désormais frappé d'une indisponibilité réelle, en raison d'une présomption de fraude qui n'est peut-être pas complètement injustifiée puisque, à son défaut, les dispositions de l'article 882 du Code civil risqueraient fort de rester lettre morte (5).

Entre les parties, la cession partiaire de droit successif n'est soumise en droit français à aucune condition parti-

1. Bibliographie dans Planck sur le § 2033 et dans Jwensky, *Die Verfügung über den Miterbenanteil*, In. Diss. Freiburg, 1910.

2. *Contrà*, les législations suisse et portugaise sus-indiquées.

3. Références dans Aubry et Rau, § 626, note 66.

4. Planiol, *op. cit.*, III, n° 2438 ; Hémar. *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1911, p. 661.

5. Bruxelles, 30 juin 1900, *La Loi*, 29 janvier 1901 ; Dalmbert, note

culière bien que l'on ait quelquefois prétendu qu'elle doive obéir aux conditions de forme prévues par l'article 1690 du Code civil au sujet du transfert des droits incorporels (1). Elle peut se réaliser directement quoiqu'elle se dissimule fréquemment derrière un partage avec soulte (2) et qu'elle puisse se dérober sous le couvert des renonciations prévues par l'article 780 du Code civil (3).

A l'inverse du droit français, le § 2033 du *B. G. B.* subordonne la validité du contrat de cession de droit successif à l'homologation notariale ou judiciaire. Cette exigence est d'autant plus grave que les auteurs allemands sont d'accord pour refuser à l'opération le bénéfice des dispositions de la *Rekonvaleszenz* du § 313 du *B. G. B.* d'après lequel la nullité pour vice de forme d'une obligation de transfert de propriété se couvre par l'exécution de cette obligation (4).

Si nous nous plaçons maintenant au point de vue des rapports avec les tiers, il semble que, logiquement, la cession partiaire de droits successifs ne devrait pas être soumise aux formalités qui ont pour but de rendre les cessions de droits particuliers opposables aux tiers. C'est ce que reconnaissent la doctrine germanique et quelques auteurs français (5). Cependant, l'on estime généralement

sous S. 1906, II, 249.

1. Références dans Aubry et Rau, § 359 et note 24.

2. Trib. civ. Seine 20 avril 1907, *Journal du Notariat*, 1907, 662.

3. Cf. les *Mutterverträge* de la pratique juridique allemande (*Recht*, 1903, p. 108).

4. Planck, § 2371, rem. 2 ; Binder, III, p. 97. Cf. Strohal, II, § 64. II. 2.

5. Laurent, XXIV, n° 478 ; Hue, I, 306. Bordeaux, 18 nov. 1890, D. 1894. II. 569 ; Planck, § 2033, 2 c ; Grohmann, *Ist die Verpfändung*

en France qu'à l'égard des tiers, le cessionnaire de droits successifs doit être assimilé à un acquéreur ordinaire de droits particuliers et qu'il est tenu de remplir les mêmes formalités que ce dernier (1) principalement en ce qui concerne la publicité des aliénations immobilières. Cette solution présente de graves inconvénients pratiques, car il est évident que l'application simultanée de la loi de 1855 pour les immeubles, de l'article 841 pour les meubles et de l'article 1690 pour les droits incorporels peut conduire à des résultats inattendus. Au cas de cessions successives de la même quote, l'un des cessionnaires pourrait triompher de ses rivaux en ce qui concerne l'un des éléments de l'actif héréditaire, mais succomber à l'égard des autres. Un tel résultat serait manifestement contraire au principe de l'indivisibilité de la saisine (2).

eines Anteils an einer Erbengemeinschaft antragbar? (Lobes Zentralblatt, III, p. 821 s.); A. Strecker, *Komm. Grundbuch*, § 28, rem. 2. Cependant, l'on a actuellement une certaine tendance en Allemagne à exiger l'inscription au livre foncier des constitutions d'usufruit ou de nantissement sur les quoté parts d'hérédité (Planck, *op. cit.*, § 2033, n° 3). L'on remarque, en outre, qu'un cohéritier est en réalité un tiers débiteur par rapport aux ayants cause de ses conjoints puisqu'il est obligé de subir le partage exigé par ces derniers. La cession n'a donc d'effet à son égard que si elle lui est dénoncée (Binder, III, p. 304; Pringsheim, *Abtretung und Pfandung des Erbteils*, p. 53).

1. Aubry et Rau, § 359 *ter*, note 4 *bis*; Chironi, *Questioni*, p. 305. Cass. 22 fév. 1897, S. 1897. I. 454; Cass. Naples, 2 juin 1885, *Foro Italiano*, 1885. I. 860. Voir cependant dans le sens d'une distinction entre les créances et les immeubles, Guillouard, *Vente*, II, 866 et Cass. belge, 31 oct. 1901, *Pasic.* 1902. I. 27. Voir également au cas où la cession de droits successifs équivaut à partage, Aubry et Rau, § 209, note 11.

2. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n° 908.

§ 3. — *Effets de la cession.*

Nous avons vu qu'en France comme en Allemagne, la cession d'hérédité n'est pas seulement un acte générateur d'obligation mais encore un contrat qui porte sur la succession elle-même.

La cession d'hérédité n'implique pas la transmission du titre de cohéritier mais elle ne se réduit pas, ainsi qu'on l'a quelquefois prétendu (1), à une simple cession du lot qui sera dévolu au cohéritier au jour du partage (2).

A la vérité, cette cession partiaire d'hérédité produit un double effet, positif et négatif. Elle a pour conséquence de faire du cessionnaire un copartageant sans en faire un cohéritier.

Au point de vue positif, le cessionnaire d'hérédité devient membre participant de la communauté d'héritiers (3).

Ce résultat n'est aucunement une nécessité logique. Les législations anciennes se refusaient à autoriser l'intrusion d'un étranger au sein de la communauté familiale.

Aujourd'hui encore, la *coparcenary* anglaise ne survit pas à l'aliénation par l'un de ses membres de sa part dans la masse indivise. Notre ancienne jurisprudence refusait au cessionnaire de l'un des cosuccesseurs le droit de se

1. Montpellier, 30 mars 1834 sous Cass. S. 4335. I. 484 ; Wendt, *Archiv fur die civ. Praxis*, 89, p. 428 s. ; Schmale, *Zentralblatt fur freiwillige Gerichtsbarkeit*, 1904, p. 318.

2. *Arg.*, art. 1696 du C. civ. et § 2033 et 2371 du B. G. B.

3. Mais il est évident que le cessionnaire doit respecter les opérations juridiques effectuées par son auteur sur les biens de l'hérédité. Il ne saurait, en effet, avoir plus de droits que le cédant. Cass. 23 avril 1918, D. 1920. I. 99.

prévaloir de l'effet déclaratif (1) qu'elle subordonnait à l'existence chez son titulaire d'une qualité successorale personnelle. Certaines décisions du début du XIX^e siècle réservent encore au cédant, à l'exclusion du cessionnaire, la faculté de procéder avec ses cohéritiers, aux opérations du partage (2) et la jurisprudence actuelle consacre encore une solution analogue dans le cas particulièrement défavorable, il est vrai, de la révélation à un cohéritier de son droit héréditaire par un généalogiste (3).

Remarquons, au surplus, que si la loi autorise aujourd'hui l'acquéreur d'une quote-part d'hérédité indivise à devenir copartageant, elle permet aux cohéritiers du cédant d'écarter cet effet de la cession par le mécanisme du retrait successoral (4). Cette institution si critiquée de nos jours (5) se justifie à notre avis, parce qu'elle constitue le meilleur obstacle aux opérations usuraires dont les cohéritiers besogneux sont souvent la proie. Cet avantage compense largement l'inconvénient résultant d'un léger fléchissement de la valeur marchande de la quote correspondant à la diminution du prix qu'exigera le cessionnaire pour se couvrir du risque d'éviction qu'il court (6). Ce droit de retrait (*Vorkaufsrecht*) a vraiment un caractère juridique singulier puisqu'il s'exprime en un droit réel

1. Guyot, *Licit.* ch. 3, sect. § 5; Douai, 2 mai 1848, D. 1849. II. 184. Cf. Aubry et Rau, § 625, note 13.

2. Rennes, 4 mai 1821 (D. *Rép.*, v^o *Succ.*, n^o 1762); Bourges, 23 et 24 août 1831, S. 1832. II. 59 et 414.

3. Trib. Lyon, 19 janvier 1910, *Gaz. Trib.*, 1910. II. 2. 208.

4. Art. 841 Code civ.; § 2034 du B. G. B.; Schmiede, *Das Vorkaufsrecht des Miterben im B. G. B.*

5. Planiol, III, n^o 2444.

6. Demolombe, *Succ.* IV, n^o 4.

opposable au sous-acquéreur (1), ce qui entraîne une série de conséquences importantes au point de vue des règles de la faillite (2) et des principes de la procédure (3).

Mais si le cessionnaire partiaire d'hérédité devient copartageant, il n'acquiert pas pour cela la qualité d'héritier car cette qualité reste attachée à la personne du cédant. Vis-à-vis des autres héritiers, ce cessionnaire ne sera donc qu'un copartageant aux pouvoirs assez réduits puisqu'il est exposé au retrait successoral sans pouvoir l'exercer lui-même contre les ayants causes de ses communistes (4), étant admis que le retrait constitue une prérogative personnelle du cohéritier (5). Le cédant étant resté véritablement cohéritier, c'est lui qui continuera à bénéficier de l'accroissement (6) résultant d'une renonciation ou d'une déclaration d'indignité (7). C'est le cédant qui, en Allemagne, continue à figurer sur le certificat d'héritier dont le cessionnaire ne peut exiger la modifica-

1. Fromhold, § 2034, rem. 2; Planck, § 2034. Cf. Binder, III, p. 122.

2. Revendication de la quote-part dans la faillite du retrayé, voir Seuffert, *Konkursprozessrecht*, p. 92, note 7; Jäger, *Konkursordnung*, § 43.

3. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, § 2615; Labbé, *Rev. crit.*, 6, p. 133; Chénou, *Etude sur les marches séparantes d'Anjou et de Bretagne*, N. R. H., 1892, p. 188.

4. Wahl, note sous Cass. 5 janv. 1905. S. 1907. I. 226, col. 3.

5. En Norvège, au contraire, l'on admet que le droit de préemption existe dans toutes les communautés universelles ou particulières (Norske Lov, livre 5, ch. 3, § 54). Voir Lehr, *Droit civil scandinave*, p. 60. En Allemagne, le droit au retrait successoral est un droit successoral qui ne peut être exercé que par la collectivité des cohéritiers, Planck, § 2034, 2 b.

6. En ce sens, Aubry et Rau, § 359 *ter* et note 10; § 2373 du B. G. B.; Binder, III, p. 104.

7. Planck, sur le § 2341, n° 4 *in fine*.

tion par une substitution de son nom à celui de son auteur (1). Il est vrai que, par une juste compensation, c'est le cédant qui continue à être tenu personnellement, envers les créanciers successoraux, de sa quote-part dans le passif héréditaire.

Tels sont les principaux effets caractéristiques de la cession partiaire d'hérédité. Pour le reste, cette cession partiaire obéit aux mêmes principes que la cession effectuée par l'héritier unique (2), et nous n'y insisterons pas davantage.

SECTION B. — L'ALIÉNATION DES DROITS INDIVIS SUR LES OBJETS PARTICULIERS

Les effets de la cession de droit indivis sur les objets particuliers varient profondément suivant que cette cession émane de la collectivité des communistes ou qu'elle est effectuée par un seul des cohéritiers.

§ 1. — *Les actes de disposition collectifs.*

La participation collective des cohéritiers aux actes d'aliénation peut être nécessaire ou volontaire.

1. Elle est nécessaire, en premier lieu, dans tous les cas où la loi positive prescrit une procédure de partage judiciaire obligatoire (3). D'un autre côté, elle s'impose

1. Cette question, qui a fait en Allemagne l'objet de nombreuses controverses, semble aujourd'hui résolue. L'on n'a pas voulu faire du certificat partiaire d'hérédité une sorte de titre au porteur (Strohal, *Festschrift Gierke, op. cit.*, p. 939).

2. Art. 888 et 1696 s. C. civ.; § 2371 s. du *B. G. B.*

3. Art. 838 C. civ. et 985 C. procéd. civ.

en fait dans toutes les législations telles que les législations germaniques qui interdisent aux cohéritiers de disposer isolément des droits qu'ils possèdent sur les objets successoraux (1). En outre, la participation collective des cohéritiers à l'acte d'aliénation est quelquefois imposée, soit parce que l'acte d'aliénation individuelle porterait atteinte aux droits des communistes de l'aliénateur (2), soit en raison du caractère indivisible de l'objet du droit (3). L'application de cette dernière règle a soulevé quelques difficultés au sujet des valeurs mobilières et des effets de commerce.

Bien que la plupart des sociétés prévoient dans leurs statuts l'indivisibilité du titre des associés (4), cette prescription n'empêcherait nullement la propriété d'une action nominative de se diviser entre plusieurs héritiers (5). Mais cette division théorique se heurte à des obstacles de fait insurmontables car les sociétés se refusent généralement à délivrer aux cohéritiers des certificats particuliers et se contentent de remettre un certificat à celui

1. § 2033 et 2040 du *B. G. B.*

2. Application au droit de chasse. La Cour de cassation admet cependant que le copropriétaire d'un terrain indivis peut valablement céder son droit de chasse sur la propriété indivise pourvu qu'il se dépouille entièrement de ce droit et ne le cède qu'à une seule personne. Cass. crim. 14 novembre 1913, D. 1914. I. 254 et la note avec références de doctrine et de jurisprudence sur la question. Cf. *R. T. D. C.*, 1916, p. 127.

3. Application aux servitudes. Em. Lévy, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1903, p. 361.

4. La question ne se pose pratiquement qu'au sujet des titres nominatifs. Les titres au porteur doivent être assimilés à des meubles corporels indivisibles.

5. Toulouse, 7 mars 1904, D. 1904. II. 333 ; Lyon-Caen, *Traité*, II, n° 596 et s.

d'entre les cosuccesseurs qui leur est désigné comme administrateur de l'hérédité (1). Toutefois il y a là un inconvénient certain lorsqu'on se trouve en présence de titres dont le cours est très élevé.

C'est pour éviter cet inconvénient que la législation anglaise a consacré la pratique bien connue de la *conversion of shares into stocks* (2).

A l'égard des effets de commerce, il est certain qu'un effet dévolu à plusieurs héritiers ne se transforme pas automatiquement en une pluralité de créances à personnes dénommées (3). L'on conçoit cependant la possibilité d'un endossement partiel au moyen de duplicatas ou de copies que l'endosseur remettrait à l'endossataire, l'original et la copie portant également mention de l'endossement partiel (4). Les porteurs ultérieurs auraient un recours fractionné contre leurs endosseurs partiels respectifs et un recours global contre les endosseurs antérieurs à la division de l'effet.

Toutefois, il faut reconnaître que les formalités légales relatives à la déchéance du porteur négligent imposent,

1. Rousseau, *Sociétés commerciales*, I, § 1147. Paris, 11 janvier 1910, S. 1912. II. 33, note Wahl. Voir également pour le droit allemand, Cosack, *Traité de droit commercial*, § 213, VII et les § 131, n° 4 et 223 du Code de commerce allemand. Cf. cependant § 139 du Code de commerce autrichien au cas de continuation de la société avec les héritiers de l'associé prédécédé.

2. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n° 596 bis.

3. Voir cependant Maurice Bernard, *Annales de droit commercial*, 1909, p. 132.

4. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, IV, n° 128 bis ; Vivante, *Trattato di diritto commerciale*, IV, partie 1, n° 1623 ; Lehmann, *Droit commercial*, § 123 ; Renard, *Traité de droit germanique du change*, § 53, p. 200. Cf. Desserteaux, *op. cit.*, p. 389.

en fait, l'endossement collectif, puisque autrement le porteur se trouverait dans l'impossibilité de remettre le titre au débiteur, remise sans laquelle il ne peut obtenir paiement (1). Aussi, conçoit-on que l'endossement partiel soit interdit en Angleterre (2) et en Allemagne (3) où il ne constitue pas une opération de change et ne vaut même pas à titre de procuration.

Si, contrairement au principe de l'endossement collectif, un des cohéritiers a endossé pour le tout un effet de commerce établi au nom du défunt, il y a lieu, pour apprécier les effets de cet endossement, de distinguer suivant qu'il a signé l'endossement au nom du *de cuius* ou en son nom personnel. Dans le premier cas, l'endossement est faux. Si les théories allemandes permettraient de valider l'opération au cas de bonne foi de l'endossataire en raison de l'assimilation de l'effet à un meuble incorporel (4), la doctrine française devrait reconnaître aux cohéritiers de l'endosseur le droit de faire opposition aux mains des tiers conformément à l'article 149 du Code de commerce.

1. Maurice Bernard, *op. cit.*, p. 131 ; Ottolenghi, Cass. II, p. 99. Cf. Supino, *Il codice di commercio italiano*, III, n° 99 ; Ugo Sorani, *Della cambiale*, I, § 125. Il n'y aurait d'exception à cette règle que pour les polices d'assurances qui échappent au droit commun relatif aux règles du porteur négligent et du protêt (Thaller, *op. cit.*, n° 1502).

2. Références dans Vivante, *op. cit.*

3. Cosack, *op. cit.*, § 55, VI, 1 ; Staub, *Kommentar zur deutschen Wechselordnung*, p. 54 ; Wächter, *Encyclopädie des Wechselrechts*, pp. 498 et 923. Cf. Lehmann, *op. cit.* et la Cour suprême autrichienne (Links, *Rechtssprechung des K. K. Oberlands Gericht*, n° 2889).

4. Thaller, De la nature juridique du titre de crédit, *Ann. dr. comm.*, 1906, p. 143.

Dans le second cas, l'endossement sera pleinement valable à condition que l'effet soit mis au lot de l'endosseur au jour du partage. Cette solution ne préjudicie pas aux intérêts des tiers, ainsi qu'on l'a quelquefois prétendu (1), puisque l'endossataire a toujours un recours contre l'endosseur conformément au droit commun et que le paiement accompli par le tiers est toujours libératoire lorsqu'il est fait sur présentation et qu'il n'y a pas d'opposition.

II. Lorsque l'aliénation collective n'est pas imposée par la loi ou par la nature des choses, il peut être de l'intérêt des cohéritiers d'y recourir afin de réaliser l'actif héréditaire dans les meilleures conditions. Ce procédé de valorisation a entraîné pour les successions importantes et principalement à Paris l'habitude de liciter les immeubles indivis même lorsque la licitation est facultative et cela afin d'éviter au jour du partage toute contestation sur la valeur des biens à partager.

L'acte de disposition peut être une vente qui se réalise généralement aux enchères, auquel cas l'opération s'analyse en une licitation. Il s'agit ici d'un procédé dont l'emploi a cessé d'être limité aux biens indivis mais qui tend à devenir le mode de règlement normal applicable aux droits en conflit sur un même objet et dont la complication s'oppose à l'exercice simultané des prétentions privatives de chaque titulaire (2).

L'acte de disposition collectif ne se présente pas toujours

1. Maurice Bernard, *op. cit.*, p. 431.

2. Cass. 12 mai 1897, S. 1898, I, 497 et note Wahl ; Montpellier, 8 mars 1909 (*Mon. jud. Midi*, 24 oct. 1909) ; *Bull. Soc. ét. législ.*, 1901-1902, p. 256 et 344.

sous la forme d'une aliénation mais peut consister en une constitution de gage, d'usufruit ou d'hypothèque. Signalons en particulier que la loi du 31 décembre 1910, modifiant l'article 2125 de notre Code civil, en consacrant expressément la validité de l'hypothèque solidaire, offre aux cohéritiers un puissant moyen de crédit puisqu'elle met le créancier hypothécaire à l'abri des risques d'un partage déclaratif.

Enfin, c'est aux actes de disposition collective qu'il convient de rattacher l'autorisation expresse ou tacite donnée par les cohéritiers aux créanciers de l'un d'eux, de saisir les objets indivis pour se payer sur le prix de ces objets. Cette autorisation implique une renonciation au bénéfice de la disposition de l'article 2205 du Code civil.

Tous ces actes de disposition collective présentent ceci de commun qu'émanant de l'unanimité des intéressés, ils sont pleinement valables (1) et transmettent à l'acquéreur un droit certain et définitif (2). L'on sait cependant que la jurisprudence avait admis que l'hypothèque constituée solidairement par les cohéritiers pouvait être primée par le privilège du copartageant (3) bien qu'il eût dû paraître évident que ce privilège, quel que pût être son effet rétroactif, ne pouvait frapper les biens héréditaires que dans l'état où ils se trouvaient au jour du partage, c'est-à-dire dans l'état de démembrement partiel résultant de la constitution hypothécaire (4).

1. § 2040 du *B. G. B.*

2. Cour d'appel de Florence, 26 juillet 1903, *Riv. giurid. e sociale*, 1904, p. 74.

3. Cass. 12 janvier 1909, D. 1910, I, 33. Voir Tissier, note sous S. 1896, I, 498 ; De Loynes, note sous D. 1910, I, 35 ; Wahl, note sous S. 1909, I, 35 ; Palmade, *Rev. crit.*, 1911, p. 425.

4. Laurent, XXX, n° 92 ; Vitalevi, *op. cit.*, II, p. 528.

L'on sait comment cette obstination des tribunaux nécessita l'intervention du législateur. Malheureusement, la loi du 31 décembre 1910 d'une rédaction fort défectueuse (1) a l'inconvénient de ne protéger le cessionnaire du privilège du copartageant par aucune mesure de publicité (2) puisqu'elle n'impose pas au créancier hypothécaire l'obligation de faire inscrire sur le registre hypothécaire une mention spéciale indiquant que l'hypothèque lui a été consentie par l'unanimité des cosuccesseurs.

Quel est donc le caractère juridique de ces actes de disposition collective et, en particulier, de la licitation ? L'on sait que la théorie classique distinguait à ce sujet suivant que l'adjudicataire est un cohéritier ou un tiers à l'indivision ; elle décidait que, dans le premier cas, il s'agit d'un partage alors que dans le second, l'opération se ramène à une vente ordinaire (3).

Les intérêts pratiques de cette distinction sont trop évidents pour que nous voulions y insister. Nous voulons souligner simplement le caractère arbitraire de cette conception qui fait dépendre la nature d'une opération juridique de la qualité personnelle de son bénéficiaire.

Remarquons cependant que cette bizarre théorie était en parfaite harmonie avec les principes généraux du système classique. La licitation qui s'analysait en une pluralité de ventes parallèles, lorsqu'un tiers se portait adjudicataire, devait apparaître nécessairement, dans les rap-

1. Palmade, *op. cit.*, p. 431.

2. Palmade, *op. cit.*, p. 440.

3. Planiol, II, n° 1602 ; Hémar, *Rev. trim.*, 1912, p. 1021. Sur une conséquence singulière de cette conception au cas où l'adjudication est faite conjointement à un tiers et à un cohéritier, voir Cass. 23 juillet 1912, *Gaz. Palais*, 25 oct. 1912.

ports entre héritiers, comme une opération de partage puisque le prix de la licitation se divisait automatiquement au prorata des droits héréditaires de chaque successeur (1).

L'on sait comment, à la suite d'une évolution longue et mouvementée qu'il ne nous appartient pas de retracer, l'arrêt des Chambres réunies de 1907 finit par consacrer la théorie suivant laquelle la licitation n'était jamais dans les relations réciproques des cosuccesseurs qu'une opération préliminaire du partage (2).

Le prix d'adjudication se trouvant subrogé au bien licité, l'attributaire du prix de licitation devait apparaître comme le véritable vendeur du bien aliéné puisqu'il n'y a qu'un aliénateur qui peut légitimement recevoir le prix d'une aliénation réalisée.

Dès lors, il n'y avait plus de raison pour distinguer suivant que la licitation avait été faite au profit d'un cohéritier ou d'un tiers à l'indivision.

Il faut reconnaître que, sur ce point, les tribunaux n'ont pas osé tirer toute la série des conséquences logiques du principe nouveau qu'ils venaient de formuler.

a) Lorsque l'adjudicataire est un tiers à l'indivision, il n'est plus vrai aujourd'hui de prétendre que la licitation n'est qu'une pluralité de ventes simultanées de quotes-parts héréditaires (3). La licitation n'est plus désormais

1. Laurent, X, nos 400 et 406.

2. Desserteaux, *op. cit.*, p. 370 ; Colin note sous D. 1908, I, 115 ; Aubry et Rau, § 623 et note 25.

3. Le concours de tous les cohéritiers a pour effet de donner la certitude à l'adjudicataire d'avoir traité avec celui qui sera reconnu son vendeur. De Loynes, note D. 1900, II, 51, col. 2 ; Trolley, *Etude sur la vente de la chose d'autrui*, § 163.

qu'une opération préparatoire du partage et elle a cessé de s'accompagner d'une distribution automatique du prix de la vente entre les indivisaires (1). L'effet déclaratif n'est plus attaché à la licitation (2) mais seulement à la répartition du prix d'adjudication (3). C'est cette répartition qui déterminera l'identité du vendeur de sorte que les cohéritiers créanciers d'un rapport pourront librement exercer leurs prélèvements sur le prix d'adjudication au détriment des créanciers personnels d'un cohéritier qui se seraient fait consentir par ce dernier une hypothèque sur le bien licité (4).

Certes, il peut sembler illogique de faire produire à l'affectation d'une créance de prix de vente un effet rétroactif sur l'attribution de la propriété du bien aliéné (5). Ce procédé est certainement assez peu élégant mais il est imposé par l'état de notre législation qui se refuse à considérer l'ensemble des cohéritiers comme un sujet collectif des biens indivis (6) et il apparaît, à ce titre, comme une conséquence nécessaire du caractère déclaratif qui s'attache au partage dans notre droit positif. Il faut remarquer, au surplus, que cette situation n'a rien d'exceptionnel puisque des ventes sont effectuées couramment par

1. Dijon, 2 déc. 1903, S. 1903, II, 94. Comp. cependant Nancy, 26 déc. 1910, *Gaz. Palais*, 1911, I, 535.

2. Voir cependant Naquet, *Rev. de l'Enregistrement*, 1908, p. 159.

3. Desserteaux, *op. cit.*, p. 368.

4. Dijon, 27 déc. 1903, S. 1907, II, 190 et Bordeaux, 26 juin 1906, S. 1907, II, 270. Voir au point de vue pratique la note de la Chambre des Avoués dans *Le Droit*, 30 août 1907.

5. Planiol, III, n° 2401.

6. Planck, *op. cit.*, sur le § 2040. Voir aussi Luzzatto et Van Biervliet, *op. cit.*

des vendeurs qui ne possèdent qu'un droit éventuel ou contesté sur l'objet vendu (1).

Il n'en reste pas moins qu'elle est pleine d'inconvénients pour l'acheteur qui ignore pendant toute la durée de la communauté quel est son véritable vendeur (2). Il convient toutefois d'observer qu'en l'absence de toute réserve au cahier des charges, cet acheteur peut imposer à chacun des cohéritiers colicitants un paiement partiel et invoquer à leur encontre l'indivisibilité de la garantie (3). Alors même que le cahier des charges réserverait l'attribution du prix d'adjudication, l'adjudicataire peut se libérer de sa dette en recourant à la procédure de consignation ou bien, en qualité de créancier de l'un au moins des colicitants, provoquer le partage afin de déterminer quel est celui des cohéritiers qui se trouvera créancier du prix de la vente dont il est débiteur. D'ailleurs, la solidarité des cosuccesseurs qui sera généralement prévue au contrat les rendra tous personnellement responsables envers l'acquéreur des conséquences de la licitation (4).

Remarquons enfin que si l'acheteur veut libérer l'immeuble des charges réelles qui le grèvent, il n'a qu'à notifier son titre d'acquisition aux créanciers hypothécaires de tous les colicitants (5). Si ces créanciers veulent suren-

1. Voir, au point de vue des ventes effectuées par les liquidateurs des congrégations non autorisées, note de la Chambre des Avoués, *Le Droit*, *op. cit.*, p. 775, col. 2.

2. Paul Louis Lucas, note sous *Pand. franç.*, 1905, I, 147 et Wahl, note sous S. 1905, II, 91, col. 3.

3. Giraud, *Partage du prix de licitation à un étranger*, *Rev. Trim.*, 1904, p. 538.

4. Giraud, *op. cit.*

5. Note des avoués précitée. Comp. Percerou, *Pand. franç.*, 1905, p. 215, col. 2.

chérir, ils sont tenus de surenchérir pour le tout afin de ne pas faire courir à l'acquéreur le risque de se voir placé dans l'état d'indivision au cas où il ne se rendrait pas lui-même acquéreur sur surenchère (1).

b) Lorsque l'adjudication est faite au profit de l'un des cohéritiers, les tribunaux se sont montrés moins hardis pour poursuivre dans la pratique les conséquences logiques du nouveau principe.

Tout d'abord, ils se sont refusés pendant longtemps à faire du prix de licitation un élément de la masse à partager en prétendant que ce prix devait se répartir immédiatement entre les divers successeurs. Cette jurisprudence s'inspirait en réalité de considérations purement fiscales. Il s'agissait de savoir si le droit proportionnel de mutation de 4 0/0 des parts et portions indivises acquises par licitation (2) devait être perçu sur la part du colicitant adjudicataire dans le bien licité ou, au contraire, sur sa part dans la succession globale (3). En consacrant la première interprétation et en affirmant que l'effet déclaratif était inapplicable en matière fiscale (4), les tribunaux se fondaient sur l'article 60 de la loi de Frimaire an VII qui, en affirmant le principe de non-restitution, imposait la perception des droits d'enregistrement sur les actes tels qu'ils étaient présentés à la formalité, indépendamment

1. Toulouse, 15 nov. 1912, D. 1913, II, 125 ; Comp. De Loynes, note D. 1896, I, 227, col. 2.

2. Loi du 22 Frimaire an VII, art. 69, § 7, n° 4.

3. Milliot, *De la clause attributive insérée dans le cahier des charges de la licitation de l'immeuble indivis*, Rev. Trim., 1912, p. 332 ; Desserteaux, *op. cit.*, p. 420.

4. Cass. 6 nov. 1851, S. 1851, I, 718.

des circonstances postérieures qui pouvaient venir modifier le droit des parties.

L'on sait comment la rigueur de cette jurisprudence devait progressivement s'atténuer. On commença à l'abandonner lorsque le partage du prix d'adjudication était présenté à l'enregistrement au même moment que l'acte d'adjudication ; on estimait alors que la licitation se confondait avec le partage (1). Puis, l'on finit par se contenter de la simple condition d'antériorité de l'acte de partage (2) à laquelle on satisfaisait aisément en recourant aux singuliers subterfuges de la classe d'attribution (3).

La loi du 12 janvier 1912 (4), qui a supprimé le principe de non-restitution de l'article 60 de la loi de Frimaire an VII, a enlevé à la controverse son principal intérêt puisque l'Administration de l'Enregistrement ne peut plus percevoir sur la licitation qu'un simple droit d'acte, sauf à exiger éventuellement, au jour du partage, le versement d'un droit de mutation sur les parts acquises excédant le droit du cohéritier adjudicataire dans l'hérédité globale (5).

Il semblerait donc aujourd'hui qu'en droit civil comme en droit fiscal, la licitation à un cohéritier doive toujours être considérée comme une simple opération préliminaire du partage (6). Cependant, nos tribunaux continuent, comme par le passé, à soutenir que cette licitation est un

1. Cass. 12 mars 1900, S. 1900, I, 369, note Wahl.

2. Cass. 11 janv. 1909, S. 1912, I, 49, note Wahl.

3. Article de M. Milliot, précité ; Desserteaux, *op. cit.*, p. 424 ; Cass. 19 octobre 1903, S. 1903, I, 437, note Wahl.

4. *Journal Officiel*, 19 janvier 1912.

5. Paillard, *De l'effet déclaratif du partage en droit fiscal*, Thèse Paris, p. 52.

6. Voir notamment l'arrêt de Cassation du 11 janvier 1909, précité.

véritable partage soumis à l'effet déclaratif de l'article 883 du Code civil.

Il résulte de cette bizarre conception de singulières anomalies. C'est ainsi qu'il semblerait logique de décider que du moment où la licitation entre héritiers équivaut au partage, le prix de licitation ne devrait plus faire partie de la masse. Or, les tribunaux estiment que le privilège du copartageant appartient non seulement à l'adjudicataire pour le recours éventuel qu'il possède contre ses consorts, mais encore aux cohéritiers de cet adjudicataire pour la garantie de leur créance de licitation (1). Une telle solution équivaut à attribuer également à l'objet licité et au prix d'adjudication le caractère de valeurs successorales.

Il est certain, par ailleurs, que du moment où l'on reconnaissait que la licitation n'est qu'une opération préliminaire du partage, l'on eut dû logiquement n'accorder au cohéritier attributaire du prix de licitation qu'un privilège du vendeur contre son consort adjudicataire et, au cas de non-paiement, un privilège du copartageant pour garantir l'action en recours qu'il aurait pu exercer contre les autres adjudicataires. Une telle solution eut, à coup sûr, évité les célèbres difficultés qu'ont soulevées les adjudications effectuées conjointement au profit de plusieurs héritiers (2) puisque, l'opération étant une vente et non un partage, il n'aurait pu s'agir de discuter ici si l'application de l'article 883 était subordonnée à la cessation complète de l'indivision. Il faut reconnaître cependant que cette solution logique heurterait de front non seulement la lettre de

1. Planiol, *op. cit.*, nos 2909 et 2910.

2. Note Wahl sous arrêt du 11 janv. 1909, précité.

l'article 2109 de notre Code civil mais encore toutes nos traditions juridiques puisqu'elle mettrait le cohéritier adjudicataire dans l'obligation de transcrire son titre et que le bien licité se trouverait grevé d'un privilège du vendeur au profit du cohéritier attributaire du prix de licitation (1).

§ 2. — *Les actes de disposition individuels.*

L'acte de disposition du cohéritier sur les objets individuels doit être soigneusement distingué de l'acte de disposition qui porte sur la valeur que le cohéritier doit recevoir au jour du partage dans un bien particulier de l'hérédité (2). Ce dernier est, sans aucun doute, parfaitement valable (3) et il s'analyse très simplement en une aliénation de chose future.

Remarquons, cependant, que le Code fédéral suisse paraît l'avoir assimilé à la cession d'hérédité (4), bien qu'une telle opération ne fasse nullement acquérir au cessionnaire la qualité de copartageant puisque ce cessionnaire ne peut intervenir au partage qu'à titre conservatoire et pour la sauvegarde de ses droits (5). Cette cession de la valeur à revenir au jour du partage dans un

1. *Contrà*, Cass. 23 juillet 1912, D. 1914, I, 30.

2. Cass. 26 mai 1886, D. 1886, I 283 ; Caen. 14 mai 1902, *Rec. Caen*, 1902, 214 ; Aubry et Rau, § 359, note 6 *his* ; Luzzatto, *op. cit.*, I, p. 99 ; Planck sur le § 2033, 2 b. ; Pringsheim, *op. cit.*, p. 35.

3. Appleton, note D., 1897, II, 281.

4. Art. 635, al. 2 ; Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 717. En ce sens, en Allemagne, Wendt, *Archiv. fur die civ. Praxis*, 89, p. 420.

5. Voir cependant art. 609 du Code fédéral suisse. Sur les dangers de cette disposition qui favorise des collusions frauduleuses entre le cédant et ses cohéritiers, voir Rossel et Mentha, *op. cit.*, p. 718.

bien particulier devra naturellement obéir aux formes légales relatives aux cessions de créances (1) et le conflit entre plusieurs cessionnaires se réglera conformément au principe de l'ordre des dates (2). La cession devrait évidemment au cas de licitation être signifiée au débiteur de la créance d'adjudication mais comme celui-ci est inconnu, puisque nous supposons que la cession est antérieure à la licitation, il semble que la signification devrait être faite à chacun des cosuccesseurs du cédant de sorte qu'elle vaudrait comme opposition au partage. Cette mesure aurait l'avantage de provoquer l'insertion au cahier des charges d'une mention de la cession effectuée et d'avertir ainsi les tiers adjudicataires de l'affectation du prix de licitation.

Arrivons maintenant à l'étude de l'acte de disposition directe sur les objets héréditaires indivis. Nous nous trouvons en présence de deux conceptions opposées : le système germanique et la tradition latine.

D'après les principes germaniques, la collectivité des héritiers, seule, peut disposer de l'objet commun (3). Si l'aliénation par un communiste de sa part dans la communauté ordinaire est autorisée, c'est que la qualité personnelle des sujets de cette communauté est indifférente (4).

1. Cass. 26 mai 1886, précité.

2. Trib. Baume-les-Dames, 31 déc. 1901, *Rec. Besançon*, 1902, 80 ; Planck, *loc. cit.* ; Comp. Staudinger, § 2033, 4.

3. Voir notamment § 2033 et 2040 du *B. G. B.*

4. § 745 et 1744, al. 2 du *B. G. B.* Pour les opérations d'aliénation portant sur une quote-part indivise d'une communauté particulière, voir § 1066, 1095, 1106 et 1258. Pour l'hypothèque, voir § 1114 du *B. G. B.* et une bonne monographie de Hochschild, *Die Hypothek am Anteil eines Miteigentümers nach B. G. B.* (In. Diss. Freiburg, 1905).

Au contraire, l'hérédité constitue une masse patrimoniale soumise à une affectation particulière (1) de sorte que le cohéritier ne peut disposer à sa volonté de sa part dans les objets communs. Ce principe qui, nous le savons, a été consacré par le *B. G. B.* allemand a été adopté par les législations suisse (2), scandinaves (3), portugaise et argentine (4).

De ce principe de la *gesammte Hand* résulte-t-il, comme conséquence nécessaire, que le cohéritier ne peut disposer des biens successoraux à titre conditionnel, c'est-à-dire sous la condition que ces biens soient mis dans son lot au jour du partage ? L'ancien droit prussien admettait (5) la validité de pareilles opérations et certains auteurs allemands ont proposé aujourd'hui de leur appliquer la disposition relative à la *Konvaleszenz* du § 185, al. 2 du *B. G. B.* d'après lequel un acte de disposition originairement nul peut devenir valable si le cédant acquière ultérieurement la propriété de l'objet cédé (6). Cette opinion est généralement repoussée par les interprètes du *B. G. B.* (7) pour cette raison que les textes sont absolument catégoriques et qu'un acte de disposition même con-

1. Binder, *op. cit.*, III, p. 69, note 44.

2. Art. 602, al. 2.

3. Sur le *Sameganderätt* du droit scandinave voir Lehr, *Droit civil scandinave*, p. 59.

4. Art. 2177 du Code civil portugais et art. 2677 du Code civil argentin.

5. Dernburg, *Preussisches Privatrecht*, III, § 239, rem. 14.

6. Eck Léonhard, *op. cit.*, III, p. 55 ; Kress, *op. cit.*, p. 56.

7. Planck, § 2033, 40 ; Strohal, *op. cit.*, II, p. 87 ; Binder, III, p. 69. En Suisse, Huber, *Motifs*, III, p. 58 ; Wieland, *op. cit.*, p. 559 ; Escher, *op. cit.*, p. 276 ; comp. Weissler, *Das deutsche Nachlassverfahren*, p. 385.

ditionnel sur les objets particuliers de l'hérédité se heurterait aux prescriptions de la loi du *Grundbuch* qui prévoit que la déclaration de dessaisine faite sous condition ou à terme est nulle et de nul effet. L'opération ne pourrait être valable que si l'acquéreur, en supposant qu'il soit de bonne foi, est devenu propriétaire conformément à la loi (1).

La tradition latine repose sur des principes tout différents. Nous avons vu qu'à Rome, le cohéritier pouvait disposer librement d'une façon définitive de sa quote-part dans les biens indivis. C'est une règle analogue que nous trouvons aujourd'hui encore consacrée avec toute sa rigueur absolue dans quelques législations modernes (2) et en particulier dans le système anglais de la *coparcenary* (3).

Cependant l'on ne tarda pas à reconnaître qu'il y avait lieu de sacrifier l'intérêt des spéculateurs sur parts indivises, dont les opérations sont souvent assez louches (4), au principe d'égalité qui doit régner entre les cosuccesseurs (5). L'on sait quel est le procédé technique auquel recourut le législateur. Il imagina d'attribuer au partage un effet déclaratif qui n'est, en définitive, qu'une dispense légale de purge au profit du cohéritier adjudicataire (6).

1. § 892 et 932 du *B. G. B.*; Binder, III, p. 70, note 47; Kress, p. 55.

2. Art. 555 du Code mixte égyptien, art. 938 du Code baltique, § 2024 du projet de Code civil hongrois.

3. Campbell, *Principles of the english law*, p. 173. Mais au cas d'aliénation par un cohéritier de sa part dans un objet héréditaire, la *coparcenary* se transforme en *tenancy in common*.

4. Conclusions du procureur général Baudouin sous Cass. 5 déc. 1907, D. 4908, I, 413.

5. Labbé, note sous S. 1889, I, 495.

6. Desserteaux, *op. cit.*, p. 300.

Ce procédé technique a été consacré par l'article 883 de notre Code civil ainsi que par un certain nombre de législations étrangères (1). Il a même été étendu à toutes les communautés y compris la communauté particulière de droit commun (2).

Il convient de remarquer que l'on interprète assez généralement cette théorie de l'effet déclaratif comme une simple altération du système romain du partage translatif qui laisserait intacte la construction traditionnelle des pouvoirs d'aliénation de l'indivisaire pendant la durée de la communauté. Cette construction traditionnelle repose sur deux principes que nous étudierons successivement : la nullité de l'acte de disposition totale et la validité de l'acte de disposition partielle.

I. — Lorsqu'un cohéritier a cédé la totalité d'un bien indivis à un tiers qui ignorait l'état d'indivision (3), la théorie classique estime que l'opération est nulle pour la double raison qu'elle a porté pour partie au moins sur la chose d'autrui et qu'elle implique l'absence de consentement de l'acquéreur qui croyait obtenir un droit complet alors qu'il n'a pu lui être transmis qu'un droit fractionnaire (4).

C'est ainsi que, dans ce cas, les tribunaux annulent l'opération pour la part appartenant aux communistes du

1. Art. 1034, Code italien ; art. 1243, Code néerlandais ; art. 457, du Code égyptien.

2. Luzzatto, *op. cit.*, I, § 65 ; Cass. 23 mars 1903, D. 1903, I, 326 ; Paris, 11 mai 1914, D. 1912, II, 115. Voir cependant pour la copropriété des navires, loi du 18 juillet 1885, art. 18.

3. S'il connaissait l'état d'indivision, l'opération serait valable comme portant sur un droit éventuel ou conditionnel, Cass. 18 nov. 1879, S. 1881, I, 355 ; Caen, 24 oct. 1898, *Pand. franç.*, 1901, II, 313.

4. Luzzatto, I, p. 123 et 124

cédant (1) et laissent au cessionnaire le droit d'opter entre la nullité partielle et la nullité totale (2). Ils sont même allés quelquefois jusqu'à frapper, dans tous les cas, l'opération d'une nullité radicale (3).

Que la nullité soit partielle ou totale, l'on discute également si elle doit être absolue ou relative. L'on se prononce généralement en ce dernier sens (4). La nullité doit donc se prescrire par dix ans, elle ne peut être invoquée par l'aliénateur (5) et elle se couvre par la ratification des copropriétaires de ce dernier (6) ainsi que par la mise de l'objet cédé au lot du cédant au jour du partage (7).

Cette conception n'était, dans son ensemble, qu'une conséquence logique de la tradition classique. Elle ne devait pas tarder cependant à être discutée. L'on fit remarquer que les dispositions des articles 1021 et 1599 du Code civil qui prévoient la nullité du legs ou de la vente de la chose d'autrui étaient des innovations du Code qui ne s'imposaient nullement à la raison (8) et qui, par

1. Cass. 18 mars 1879, S. 1881, I, 353; Troplong, *Vente*, I, n° 207.

2. Trib. de l'Empire d'Allemagne, 20 mars 1894, S. 1895, 4, 25; Aubry et Rau, § 351 texte et notes 57 *bis* et 58.

3. Cass. 16 janv. 1810, Sir. chronol; Pau, 19 avril 1910, S. 1910, 4, 181; Planiol, III, n° 1419; Guillouard, *Vente* I, § 190.

4. Aubry et Rau, *loc. cit.*; De Folleville, *Vente de la chose d'autrui, passim*.

5. Cass. 8 mai 1872, S. 1873, I, 76; Caen, 24 oct. 1898, *Pand. Franç.*, 1901, II, 313.

6. Riom, 19 janv. 1817, Dalloz, Rép. v° *Vente*, n° 634; Comp. Bastia, 3 mars 1858, S. 1858, II, 241.

7. Cass. 23 juillet 1835, S. 1836, I, 70; Agen, 13 juin 1866, S. 1866, II, 339.

8. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 593; Demogue, *Droits éventuels*, *Rev. Trim.*, 1905, p. 741.

conséquent, ne devaient pas être étendues par voie d'interprétation extensive (1) à l'hypothèque (2) ou au louage (3).

Mais on alla plus loin et l'on soutint que l'application en notre matière des textes en question, même ainsi restreints dans leur étendue, était inadmissible. Ces articles édictent, en effet, la nullité de l'opération portant sur la chose d'autrui sans qu'il y ait lieu de distinguer si l'acquéreur savait ou ignorait qu'il acquérait la chose d'autrui (4). Or, il paraît difficilement possible d'étendre de pareilles dispositions à l'aliénation totale d'une chose indivise (5).

A la vérité, il paraît surtout inadmissible de considérer comme une *res aliena* un objet sur lequel le cédant possède un droit actuellement indéterminé, il est vrai, mais qui peut au jour du partage, porter rétroactivement sur la totalité de l'objet aliéné.

Aussi bien les jurisprudences française et italienne sont arrivées à cette conclusion que l'opération portant sur la totalité de la chose indivise se résout en une aliénation conditionnelle dont la validité ou la nullité dépendent des

1. Wahl, note sous S. 1895, 4, 25 ; Cf. pour l'échange, Guillouard, *op. cit.*, II, n° 922.

2. Chironi, *Trattato di privil. e ipoteche e pegno*, II, n° 48 ; Laurent, XXX, n° 474 ; Comp. Cass. 17 déc. 1873, D. 1874, I, 145 ; Pau, 20 mai 1892, D. 1892, II, 337.

3. Guillouard, Louage, n° 54 s. ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Louage*, n° 401 ; Alger, 22 fév. 1899, D. 1901, II, 33 ; Trib. civ. Seine, 6 mars 1908, *Gaz. Pal.*, 18 mai 1908 ; Comp. Laurent 25, nos 44 et 56

4. Planiol, II, n° 1426.

5. Voir cependant Ferry, *Thémis*, 8, p. 490.

résultats du partage (1). Cette analyse a évidemment l'inconvénient de transformer arbitrairement ce qui dans l'intention de l'acquéreur doit constituer une opération d'acquisition pure et simple en une acquisition conditionnelle. Cette conversion jurisprudentielle (2) d'un contrat déterminé en un contrat d'une nature différente peut paraître discutable et il ne faudrait pas hésiter à la condamner lorsqu'il pourrait résulter de la convention que l'intention de l'acquéreur a été de se procurer immédiatement un droit ferme à l'abri de toute éviction (3).

A l'égard des cohéritiers de l'aliénateur, l'aliénation de la chose totale est certainement *res inter alios actu* (4). La jurisprudence de notre Cour suprême impose cependant aux cohéritiers de l'aliénateur, l'obligation de faire annuler l'opération avant de pouvoir agir contre l'ayant cause de leur consort (5). Cette interprétation ne tient évidemment aucun compte du fait que le titulaire d'un droit est toujours en mesure de l'exercer tant qu'il ne se heurte pas à une opération juridique qui lui est opposable.

II. Si, au lieu de porter sur la totalité d'un objet indi-

1. Cass. 6 juin 1883, S. 1884. I. 429; Paris, 28 juillet 1900, *Le Droit*, 5 nov. 1900; Besançon, 27 déc. 1911, S. 1912. II. 203; Cass. Rome, 5 nov. 1906, Legge, 1906, p. 2302; Hémard, *Rev. trim.*, 1912, p. 544; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n° 424; Wahl, note sous S. 1893. 4. 25; Paterno, *op. cit.*, pp. 187 et 196; Vitalevi, *op. cit.*, p. 332. Comp. Paolo, *Le succ. testam.*, p. 278.

2. Voir à ce propos, Luzzatto, *op. cit.*, I, p. 177. Sur la conversion des actes juridiques voir Satta, *La conversione dei negozi giuridici*; Chironi et Abello, *op. cit.*, I, p. 507 et le § 440 du *B. G. B.*

3. Application au louage Guillaouard, *Louage*, I, n° 51 s.

4. Aubry et Rau, § 351, n° 58 *in fine*; Wahl, note précitée; Bordeaux, 1^{er} déc. 1899, D. 1900. II. 384.

5. Cass. 28 fév. 1894, S. 1896. I. 209, note Lyon-Caen; Trib. civ. Seine, 6 mars 1908, *Gaz. trib.*, 4 juillet 1908.

vis, l'acte de disposition affecte seulement la quote indivise du cohéritier aliénateur, il est parfaitement valable (1), quoi qu'on ait quelquefois soutenu le contraire en prétendant assimiler la communauté héréditaire à une véritable société (2).

Cependant, l'acquéreur ne devient pas comme autrefois à Rome, le copropriétaire des cohéritiers de son auteur (3). L'effet déclaratif du partage permet en effet aux cohéritiers de ne pas tenir compte des actes de disposition partiels effectués par leur consort pendant la durée de l'indivision.

Cette faculté qui n'a jamais été discutée au sujet de la constitution d'hypothèque a été cependant contestée à l'égard des ventes de parts indivises. On a soutenu, en effet, que, dans ce cas, l'acte d'aliénation ayant fait sortir de la communauté le cohéritier aliénateur en ce qui concerne le bien qui a fait l'objet de l'acte de disposition partielle, ce cohéritier a été remplacé au sein de la communauté par le tiers acquéreur qui possède un droit irrévocable à recevoir une fraction de la valeur du bien indivis (4). Cette argumentation fantaisiste repose sur l'affirmation gratuite que chaque héritier acquiert au jour du décès une quote-part déterminée de chacun des objets composant la succession (5).

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 268. Voir au cas d'acceptation bénéficiaire, Cass. 18 nov. 1833, S. 1833. I 817.

2. Bastia, 18 avril 1855, S. 1855. II. 352.

3. Bianchi, *op. cit.*, p. 823 ; Luzzatto, I, p. 110.

4. Ferry, *Thémis*, VIII, p. 49 s. ; Bayle-Mouillard sous Grenier, *Donations*, II, p. 766, n° 319, note 2.

5. Liégeard, *Le partage*, p. 590 ; Trolley, *Etude sur la chose d'autrui*, § 164.

En réalité, l'acquéreur ne peut jamais invoquer aucune des prérogatives d'un copropriétaire ni pendant la durée de l'indivision, ni même au jour du partage. Pendant l'indivision, le tiers acquéreur ne peut demander sa part de fruits puisque ces fruits accroissent à la masse. Il ne peut pas davantage prétendre à participer à l'administration ou à l'usage de la chose commune puisque l'exercice de ces facultés supposerait nécessairement une mise en possession que les cohéritiers de son auteur sont en droit de lui refuser (1).

Au jour du partage, l'acquéreur n'a nullement le droit d'exiger une attribution en nature ou en valeur des objets dont il s'est rendu acquéreur pour partie et la preuve en est que le cohéritier de son auteur n'a pas besoin d'exercer contre lui le retrait successoral (2).

Il résulte de ce qui précède que, contrairement à la logique de la théorie classique, il n'y a pas de distinction à établir entre l'aliénation de la chose totale et l'aliénation de la quote-part. Les deux opérations sont valables conditionnellement en ce sens qu'elles ne produisent aucun effet pendant la durée de l'indivision mais que leur efficacité dépend des résultats du partage.

Nous allons reprendre successivement chacune de ces deux propositions.

D'une part, disons-nous, l'opération est valable en principe, qu'elle soit partielle ou totale. Dans ce dernier cas, nous avons vu cependant que la validité de l'opération suppose une conversion de l'acte juridique et

1. Cass. 28 fév. 1894, S. 1896. I. 209, note Wahl ; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *Vente*, n° 121.

2. Aubry et Rau, § 221, note 4 ; Planiol, III, n° 2447. Comp. Cass. 5 nov. 1833, D. 1833. I. 212.

qu'elle ne saurait être admise si l'on se trouve en présence d'une absence de consentement de l'aliénateur susceptible d'anéantir le contrat (1). Dans une telle hypothèse, l'on conçoit même que le cohéritier constituant une hypothèque sur la chose totale pourrait, à la rigueur, être considérée comme stellionataire (2).

Mais si l'opération est valable, son effet est soumis à une condition suspensive (3) car elle ne produit aucun effet réel pendant la durée de l'indivision (4). C'est précisément parce qu'il n'a aucun droit déterminé à faire valoir sur l'objet indivis que l'acquéreur ne peut prétendre à aucune attribution sur le prix de licitation. Ne possédant aucun droit précis sur le bien licité, il ne saurait en avoir davantage sur le prix de licitation. Certes, si l'on voit dans l'article 883 une fiction qu'il convient d'interpréter restrictivement, l'on peut concevoir qu'à l'intérieur du patrimoine du cohéritier cédant et de celui du cessionnaire, la quote-part du prix de licitation doit être subrogée à la quote-part du bien aliéné (5). Cette solution a été formellement consacrée par le législateur belge (6). Nous croyons, cependant, que cette conception ne corres-

1. Sur l'usage de la clause de portefort, voir Cass. 18 janv. 1881, S. 1881. I. 181 ; Limoges, 6 février 1907, *Rec. Riom.* 1907, 465.

2. Trib. Lyon, 31 mars 1911, *Mon. Lyon*, 24 mai 1911.

3. Luzzatto, *op. cit.*, I, p. 111 ; Van Biervliet, *op. cit.*, p. 244 ; Montpellier, 28 janv. 1909, *Moniteur Midi*, 14 février 1909.

4. Cass. 18 janv. 1904, S. 1905. I. 86. Comp. tribunal correctionnel de Liège, 22 déc. 1885, *Pasic. belge*, 1886. 3. 214. Cour Supérieure du Luxembourg, 30 juillet 1898, S. 1899. 4. 33.

5. Alger, 4 août 1879, S. 1880. II. 145 et note Labbé ; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 625, note 24 ; Bordeaux, trib. civ. 31 déc. 1906, *Gaz. Palais*, 1907. I. 663.

6. Art. 2 de la loi belge du 15 août 1854 ; Marcoty, *Expropriation forcée*, I, nos 91 et 93. Voir également en ce sens en Italie : Rodino, *Il contratto di società*, II, p. 267.

pond pas à la nature des choses. En réalité, si la subrogation se produit, elle ne peut se produire que dans le patrimoine commun et elle a alors pour effet d'attribuer un caractère héréditaire au prix de licitation sur lequel le cessionnaire ne saurait avoir plus de droit que sur le bien aliéné (1). L'attribution du prix de licitation n'a d'effet qu'entre les cohéritiers ainsi qu'entre l'attributaire et l'adjudicataire mais elle n'en saurait produire entre l'attributaire et les ayants cause de ses consorts.

Toutefois, si l'aliénation ne transmet à l'acquéreur aucun droit réel sur le bien indivis, il n'en reste pas moins que ce dernier est devenu le créancier de son cédant et que, à ce titre, il a le droit de prendre des mesures conservatrices de son droit éventuel telles que la transcription (2) ou l'inscription hypothécaire (3); mais il ne peut procéder à aucune formalité de purge avant partage (4).

1. Cass. 6 fév. 1901, D. 1904. I. 480; Paris, 11 mai 1911, D. 1912. II. 115. Note de Loynes sous D. 1898. II. 377; Van Biervliet, *op. cit.*, p. 270; Luzzatto, *op. cit.*, p. 113; Pescatore, *Giornale delle leggi*, 1910, p. 835. Voir également en ce sens mais pour des raisons différentes Desserteaux, *op. cit.*, p. 305.

2. Cass. 27 nov. 1893, S. 1894. I. 385; Trib. civ. Seine, 22 juin 1906, *Gaz. trib.*, 16 août 1906. En cas de conflit entre les acquéreurs de deux communistes qui leur ont vendu la totalité d'un bien commun, il ne faut pas appliquer la règle de l'ordre des dates puisque le conflit ne se présente pas entre deux ayants cause d'un même auteur. Il faudra préférer celui dont l'auteur sera reconnu propriétaire au jour du partage (Luzzatto, I, p. 122. Comp. Fornari, p. 124). Dans tous les cas, le cessionnaire n'étant pas créancier des cohéritiers de son auteur n'est pas tenu de leur signifier la cession. Cf. art. 1690, C. civ. En ce sens Cass. 12 avril 1830, S. 1840. I. 404.

3. L'inscription ne vaut pas opposition au partage. Rouen, 17 janv. 1849, S. 1850. II. 23. Comp. l'article 13 de la loi allemande du 22 juin 1891 sur l'institution des livres fonciers et les documents de M. Martin du Nord, *op. cit.*, I, p. 293.

4. La purge aurait pour effet de réduire l'hypothèque du créancier

Par contre, il peut, avant partage, exercer la surenchère du dixième contre l'acquéreur sur licitation (1) à condition de se porter acquéreur pour le tout (2) afin de ne pas contraindre l'adjudicataire à subir les inconvénients de l'indivision (3).

Enfin, c'est parce qu'il est titulaire d'un droit éventuel sur un objet indivis et qu'il est créancier de son auteur que l'acquéreur du droit indivis peut demander le partage. Toutefois étant donné qu'il n'a aucun droit précis sur le bien qui a fait l'objet de l'aliénation, il ne peut demander que le partage global de la succession (4). L'acquéreur peut ainsi faire placer le bien qui a fait l'objet de l'acte de disposition au lot de son auteur de sorte que l'opération se trouvera rétroactivement validée. Remarquons toutefois que, même dans cette hypothèse, le bien successoral est grevé du privilège du copartageant qui remonte au jour du partage et qui, par conséquent, doit être opposable à l'acquéreur (5).

Dans tous les cas, la mise du bien aliéné au lot du cédant valide l'opération à l'égard du cessionnaire. Cette

hypothécaire sur le bien indivis à une simple hypothèque sur les parties indivises n'appartenant pas au cédant. Toulouse, 19 août 1880, S. 1881. I. 121, note Labbé.

1. Cass. 20 déc. 1862, S. 1863. I. 255 ; *Contra* Orléans, 19 mai 1870. S. 1871. II. 160 ; Demolombe, 17, n° 274.

2. Toulouse, 15 nov. 1912, D. 1913. II. 125. Comp. de Loynes, note D. 1896. I. 227.

3. Arg. art. 1670.

4. Références dans Aubry et Rau, § 621 *bis*, texte et note 8. Comp. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Successions*, II, n° 2993.

5. Cass. 11 janv. 1896, S. 1896. I. 497 et note Tissier ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *op. cit.*, nos 301, 787 et 804. Comp. Laurent, X, n° 92 qui prétend que le privilège ne peut rétroagir au détriment d'un droit acquis.

solution ne soulève pas de difficultés quand la cession portait sur le droit total mais lorsque la disposition portait seulement sur le droit fractionnaire du cohéritier, c'est l'interprétation de la volonté des parties qui, seule, peut permettre de décider si les effets de l'opération doivent s'étendre à la chose totale (1). Dans ce dernier cas, l'inscription hypothécaire originaire vaudrait comme garantie réelle sur l'immeuble tout entier (2).

Si, au contraire, le bien est adjudgé à un cohéritier autre que le cédant, l'acte de disposition s'évanouit. Mais si la disposition était simplement partiaire, l'acquéreur connaissait le risque qu'il courait tandis que, si elle portait sur la chose totale, il pouvait ignorer qu'il traitait sur un bien indivis de sorte qu'il pourra invoquer l'obligation de garantie de son vendeur ou exiger de son débiteur un supplément d'hypothèque (3). Alors même qu'il ne pourrait invoquer la notion de garantie en raison de sa qualité de donataire ou de légataire, la jurisprudence l'autorise à se prévaloir de l'article 1423 car c'est moins la chose même qui fait l'objet du legs que sa valeur. Aussi, conçoit-on que les tribunaux aient reconnu au légataire d'un droit indivis la faculté d'en exiger l'exécution par équivalent toutes les fois où cette prérogative paraissait résulter de l'intention du défunt (4). Ils ont fait de fréquentes

1. Aubry et Rau, § 625, note 23 ; Desserteaux, *op. cit.*, p. 306 ; Chironi, *op. cit.*, II, p. 161 ; Luzzatto, I, p. 161. Art. 1243 du Code civ. néerlandais. Comp. Caen, 18 août 1871, S. 1872. II. 273.

2. Cass. 26 mars 1907, D. 1907. I. 388. *Contra*, Trib. civil de Lyon, 31 mars 1911, *Mon. jud. de Lyon*, 24 mai 1911.

3. Alger, 29 juin 1893, *Rev. alg.*, 1893. II. 1530.

4. Hémar, *Rev. trim.*, 1912, p. 544 ; Desserteaux, *op. cit.*, p. 321 et 382. Comp. Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, II, n° 2528 ; Laurent, XIV, n° 138.

applications de cette idée au cas où une clause pénale était adjointe à la libéralité (1), dans celui où le legs d'un bien indivis était considéré comme une charge d'un legs universel (2) et enfin lorsque le legs avait été fait en vue d'une affectation déterminée (3).

Si enfin le bien qui a fait l'objet de l'acte d'aliénation a été adjugé sur licitation à un tiers à l'indivision, l'opération ne produira effet que dans la mesure où la créance d'adjudication aura été placée dans le lot de l'aliénateur (4).

Toutefois, si cette règle ne souffre pas de difficultés lorsque l'opération n'a été qu'une constitution d'hypothèque, elle peut être fort délicate à régler lorsque le conflit se présente entre le tiers acquéreur et l'acheteur de l'attributaire total de la créance de licitation.

En effet, ce conflit met en présence deux acquéreurs du même propriétaire et il semble qu'alors, tout au moins pour les immeubles (5), l'acheteur primitif qui a pris le soin de transcrire son titre devrait être préféré au tiers adjudicataire.

1. Comp. Caen, 9 juin 1874, S. 1876. II. 233.

2. Pau, 19 avril 1910 (*Rev. trim.*, 1910, p. 640); Besançon, 27 déc. 1911, *Gaz. Palais* du 28 mars 1912.

3. Trib. civ. Domfront, 16 février 1911, *Annuaire des Juges de Paix*, 1911, 518.

4. Voir cependant un arrêt de Poitiers du 30 déc. 1912, *Gaz. Palais*, 1913, p. 658, D. 1914. I. 109.

5. Si la chose vendue était mobilière, le conflit se réglerait conformément aux dispositions de l'article 1141.

CHAPITRE III

Les rapports de crédit.

SECTION A. — RAPPORT DES COHÉRITIERS AVEC LES DÉBITEURS DE LA SUCCESSION.

Le respect des droits acquis aux tiers exige qu'un débiteur ne voie pas sa situation aggravée par le fait que son créancier vient à décéder en laissant plusieurs héritiers. D'un autre côté, il peut sembler nécessaire que le débiteur commun de plusieurs successeurs ne puisse se libérer valablement qu'en effectuant le paiement à la masse commune de l'hérédité.

Cette conciliation des intérêts en présence a été réalisée dans les législations germaniques grâce à la notion de la créance en main commune qui, intermédiaire en quelque sorte entre la créance solidaire et la créance divisible, peut être exercée pour le tout par chacun des cocréanciers mais à condition que cet exercice par l'un d'entre eux profite à tous les autres (1). Le débiteur commun ne peut se libérer qu'en payant à tous les créanciers collectivement et, en cas de désaccord entre ces derniers, en recourant à la consignation. La notion d'obligation en main commune se distingue donc très nettement de celle d'obligation solidaire bien qu'il faille reconnaître que, sur ce point, la doctrine germanique soit encore assez incer-

1. Stobbe, *Vertragerecht*, p. 138 s.; Gierke, *Genossenschaftsrecht*, II, p. 956 s.; Luzzatto, II, p. 104.

taine (1). Elle a été consacrée par l'article 848 du Code civil autrichien, l'article 602 du Code fédéral suisse (2) et surtout par le § 2039 du *B. G. B.* allemand (3). Ce dernier texte impose au débiteur commun l'obligation de payer à tous les cohéritiers ensemble mais, conformément au droit prussien (4), il autorise chacun de ces derniers à poursuivre isolément le débiteur car il est impossible de mettre les cosuccesseurs à la merci de la mauvaise volonté d'un récalcitrant (5). Mais ce droit de poursuite individuelle n'implique aucune dérogation à la règle de la nécessité du paiement à la collectivité des héritiers. Le § 2039 du *B. G. B.* s'applique à toutes les prétentions juridiques qui sont comprises dans l'expression de *Anspruch*, mais il ne concerne pas les droits de réméré, de retrait, de préemption, d'inscription au livre foncier qui ne constituent pas des prétentions juridiques au sens technique du *B. G. B.* et qui ne peuvent être exercés qu'en commun par tous les héritiers conformément aux §§ 2038 et 2040 du *B. G. B.* et au § 22, n° 2 de la *Grundbuchordnung* (6).

1. Dans le sens de la distinction des deux institutions, voir Dernburg, *Bürgerl. Recht*, II, p. 378 ; Crome, *op. cit.*, IV, 375 ; Cosack, *op. cit.*, I, § 420 ; Dübi, *op. cit.*, n° 90. Dans le sens de l'assimilation, voir Planck sur le § 421 ; Endemann, *op. cit.*, I, § 898 ; Hellwig, *Zivilprozess*, III, 125.

2. Escher, art. 602, n° 2 ; Dübi, *op. cit.*, p. 5.

3. Ce texte correspond à peu près textuellement à l'article 183 du *Dahir* formant Code des obligations et des Contrats au Maroc.

4. Rehbein, *Ob Trib. Entsch.*, III, p. 277. Comp. Eccius, *op. cit.*, IV, § 274, remarques 20 à 27.

5. Cette résistance est d'autant plus dangereuse que les actions de la succession se prescrivent par six mois conformément au § 207 du *B. G. B.* Voir Planck sur le § 2031, nos 4 et 5.

6. Planck sur le § 2039, n° 7 ; Strohal, *op. cit.*, II, § 64, rem. 12 b ; Binder, III, p. 73, rem. 57. Comp. Kress, p. 71.

En ce qui concerne notre droit français, nous savons qu'il est parti du principe absolu de la division des créances que l'on n'hésitait pas à appliquer même au cas de succession bénéficiaire (1). C'est ainsi que l'on tenait pour valables des cessions de créances partiaires ou des saisies-arrêts effectuées par les créanciers personnels d'un cohéritier sur la part de ce dernier dans la créance indivise (2). Le cohéritier attributaire de la créance totale n'était considéré que comme un cessionnaire de ses consorts.

L'on sait comment les inconvénients de cette situation persuadèrent les tribunaux de traiter les créances de l'hérédité comme des éléments d'actif. Aujourd'hui, le principe de la division des créances a cessé de s'appliquer dans les rapports entre les cosuccesseurs (3), de sorte que les cessions et saisies-arrêts effectuées par ou du chef de l'un d'eux ne sont pas opposables à l'attributaire de la créance totale (4). Certes, le cohéritier peut poursuivre pour sa part le débiteur commun mais il n'y a là qu'une question de poursuite et non d'attribution car le paiement partiel touché par le cohéritier appartient à la masse à laquelle il doit en rendre compte (5).

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 1307. Comp. Grenoble, 7 déc. 1842, S. 1843. II. 356.

2. Cass. 23 mars 1881, D. 1881. I. 417; Toulouse, 7 mars 1904, D. 1904. II. 333.

3. Il subsiste toutefois intégralement pour les créances nées pendant la durée de l'indivision. En ce sens Cour de Chambéry, 30 mai 1917, D. 1917. II. 133.

4. Cass. 13 janv. 1909, S. 1911. I. 441 et note Naquet; Leurquin, *Annales belges du notariat et de l'enregistrement*, 1905, p. 327; Aubry et Rau, § 635, note 8; Desserteaux, *op. cit.*, § 177. Sur l'application du principe aux titres à ordre et aux effets de commerce voir Desserteaux, *op. cit.*, p. 390.

5. Legrand. *Gaz. Trib.*, 16 et 17 oct. 1907.

Il faut avouer qu'il s'agit ici d'un état juridique singulier puisque nous nous trouvons en présence d'un individu qui peut demander et recevoir paiement d'une créance dont il ne peut disposer. Cette anomalie n'est nullement imputable au principe de la continuation de la personne, ainsi qu'on l'a quelquefois prétendu (1); elle s'explique par cette considération qu'il convient d'accorder au débiteur le droit de se libérer valablement et complètement par un paiement partiel de sa dette à chacun des cohéritiers (2).

Le principe nouveau implique cette conséquence que la remise de dette effectuée par l'un des cohéritiers pour sa part est inopérante puisqu'elle a pour conséquence de dispenser le débiteur de se libérer, alors que l'article 1220 a seulement pour objet de lui faciliter sa libération (3). Pour des raisons analogues, la renonciation à l'hypothèque garantissant la créance commune n'est pas opposable au cohéritier attributaire (4). Notons enfin que cette interprétation permet de comprendre pourquoi le débiteur commun qui n'a pas invoqué la compensation avec la quote-part de créance du cohéritier de la dette personnelle qu'il avait envers lui est supposé n'avoir pas voulu se libérer et peut se voir opposer l'effet déclaratif du partage par l'attributaire de la créance totale (5).

1. Jean Delemer, thèse Paris, 1898, *op. cit.*, passim.

2. Desserteaux, *op. cit.*; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, § 3279.

3. Desserteaux, *op. cit.*, p. 384.

4. Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *op. cit.*, § 904; comp. Desserteaux, *loc. cit.*

5. Cass. 9 mai 1909, *Gaz. Palais*, 28 mai 1909. Cf. Demogue, *Rev. trim.*, 1909, p. 701.

Il faut bien avouer, cependant, que cette construction juridique n'est guère satisfaisante pour l'esprit. Nous avons vu qu'elle présente un caractère d'une logique assez arbitraire. Il n'est pas sûr, par ailleurs, qu'elle puisse se recommander de raisons d'opportunité pratique. En l'absence même de la disposition de l'article 1220 du Code civil, le cohéritier qui a effectué un paiement partiel serait protégé par la théorie de l'héritier apparent (1) et, s'il voulait se libérer complètement, pourrait utiliser valablement la procédure de consignation après avoir demandé aux cosuccesseurs une décharge collective.

Remarquons, au surplus, que la pratique actuelle, qui n'est nullement indispensable pour sauvegarder les droits acquis du débiteur commun, ne donne même pas satisfaction aux intérêts des cohéritiers. En effet, il peut être dangereux de permettre à un cosuccesseur de recevoir un paiement partiel qu'il doit restituer à la masse puisque son insolvabilité peut rendre cette restitution pratiquement illusoire. La jurisprudence autorise, il est vrai, les cohéritiers à pratiquer des saisies-arrêts contre leurs consorts entre les mains des débiteurs de la succession (2) bien que l'on puisse estimer que cette faculté soit inutile en présence du droit d'opposition de l'article 882 et qu'elle constitue dans tous les cas, une extension abusive de l'article 1167 puisqu'il est certain qu'on ne peut saisir

1. Lamane, *op. cit.*, p. 31.

2. Cass., 29 oct., 1890, S. 1891. I. 305, note Belleyguier; Paris, 20 mai 1892, D. 1892. II. 357. L'on a même été quelquefois jusqu'à admettre des cas d'opposition présumée (Cass. 24 juin 1905, S. 1908. I. 73 et note Naquet) en particulier à l'égard du notaire qui ne peut se dessaisir des fonds de la succession qu'en les versant à tous les cohéritiers.

arrêter pour la défense d'un droit purement éventuel (1). Mais en admettant la validité d'un tel procédé, que reste-t-il de la règle de l'article 1220 ?

Cependant, la plus grande critique que l'on puisse adresser au régime français de la division des créances est d'exposer le débiteur à subir des poursuites multiples de la part de ses créanciers communs. Il est juste de reconnaître que cet inconvénient n'existe pas toujours. Il est écarté quelquefois par la nature des choses lorsqu'il s'agit par exemple d'un droit indivisible pour lequel le débiteur peut être poursuivi pour le tout ou d'une obligation alternative au sujet de laquelle le débiteur peut contraindre les cocréanciers à s'entendre sur le sens de l'option (2) ou enfin d'une obligation dont le débiteur est tenu envers les héritiers en qualité de liquidateur (3).

Les poursuites multiples des cohéritiers créanciers peuvent être également évitées par certaines dispositions légales telles que celles des articles 1668 et suivants relatifs aux conditions d'exercice du réméré (4) que l'article 1685

1. Sur la distinction de l'opposition et de la saisie-arrêt, voir Garsonnet, *op. cit.*, III, § 601.

2. Ordonnance du Conseil d'Etat du 10 mars 1843, S. 1843. II. 298. Voir, à ce sujet, les curieuses dispositions de l'article 145¹ du Dahir marocain constituant Code des obligations et contrats au Maroc. Application à l'action en révocation. Toutefois l'indivisibilité de l'action en révocation n'implique pas celle de l'action en reprise, Cass. 25 juillet 1911 et 16 déc. 1912, S. 1914. I. 289. Application également au congé donné au locataire qui, pour être valable, doit émaner de la collectivité des communistes, Toulouse, 10 mars 1898, *Mon. Lyon*, 31 mai 1898 ; Trib. Saint-Sever, 31 janv. 1907, *Le Droit*, 14 fév. 1907.

3. Application au notaire de la succession, Cass. 24 juin 1903, S. 1908. I. 73.

4. Voir sur ces dispositions très singulières Planiol, II, n° 1576 ;

permet d'étendre à l'action en rescision (1). Il en est de même pour l'article 782 qui oblige les héritiers de celui qui a recueilli une succession et qui ne l'a pas encore acceptée à se mettre d'accord sur son acceptation ou sa répudiation sous peine de subir les effets d'une acceptation bénéficiaire collective (2).

Enfin, l'on conçoit que, indépendamment de la nature des choses ou de toute prescription légale, toutes les fois qu'un débiteur se sent assez fort vis-à-vis de son créancier, il prenne le soin de stipuler qu'au cas de décès de ce dernier, la créance ne pourra être exercée que par tous les cohéritiers collectivement. C'est ainsi que les statuts des grandes sociétés prévoient que les actions sont indivisibles à l'égard de la société qui ne reconnaît qu'un seul propriétaire pour chaque action sauf le droit pour les cotitulaires indivis de se faire représenter auprès de la société par un seul d'entre eux (3). L'on a même soutenu que cette clause devait être présumée en l'absence de toute stipulation expresse (4). Chacun des héritiers ne peut donc demander un titre distinct pour sa part ou réclamer sa part fractionnaire des dividendes ; et il doit nécessairement s'entendre avec ses consorts au point de vue de la

Baudry Lacantinerie et Saignat, *Vente* n° 639 ; Laurent, XXIV, n° 213 ; Van Biervliet, *op. cit.*, p. 16. Faut-il voir dans ces dispositions une application de cette idée que la collectivité des héritiers constituerait un sujet collectif ? En ce sens Van Biervliet, *loc. cit.* ; Luzzatto, II, p. 49.

1 Grenoble, 10 fév. 1903, D. 1903. II. 253.

2 Rouast, *Notion du contrat collectif*, p. 152 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, n° 1087. Par contre, chaque héritier est libre de prendre un parti différent, Aubry et Rau, § 612, note 6.

3. Cour d'appel de Paris, 6 août 1895, *Gaz. Palais*, 1896, 116.

4. Rod. Rousseau, *Les sociétés commerciales*, I, § 1147.

représentation à l'assemblée d'actionnaires (1). Cependant et en fait, les droits relatifs à l'action seront exercés par celui des cohéritiers qui aura été désigné par ses communistes pour exiger le transfert nominatif à son nom (2).

S'il s'agit d'un titre à ordre, il devra être endossé par tous les héritiers au profit de l'attributaire au moins à titre de procuration (3).

Enfin, les titres au porteur sont assimilés à des meubles corporels et ne peuvent être utilisés pratiquement qu'après un partage régulier, faute de quoi les cohéritiers seraient en droit de faire opposition à la négociation ou au remboursement conformément aux dispositions de la loi du 15 juin 1872 (4).

Ce sont des principes à peu près analogues à ceux que nous venons d'indiquer qui ont été consacrés par la loi allemande du 20 avril 1892 sur les sociétés à responsabilité limitée (5) et par le Code de commerce allemand au sujet des sociétés par actions (6). Les mêmes directives générales ont été adoptées par l'article 37 de la loi belge

1. *Quid* lorsque le défunt possédait plusieurs actions ? Faut-il admettre que tous les titres restent indivisibles ou qu'ils se répartissent entre les héritiers proportionnellement à leur part dans la succession ? Voir Cour de Liège, 14 juin 1905, *Journal des Sociétés*, 1907, p. 312 et la note signée H. B.

2. Cour de Paris, 14 janvier 1910, S. 1912. II. 33 et note Wahl. Cf. Jugement du Trib. civ. Château-Chinon, 2 déc. 1904 (*Rec. Enregist.*, 1905, 42) qui autorise l'immatriculation collective.

3. Comp. cependant Giorgi, *Obbligazioni*, VI, § 394 qui autorise le cocréancier à exiger un paiement partiel, même en l'absence de tout endossement.

4. Desserteaux, *op. cit.*, p. 391.

5. Cosack, *op. cit.*, § 122, VII, 3 et 4 c.

6. Cosack, *loc. cit.* et 109, III, 9 b ; Lehmann *Zur Lehre von der Erwerbsgründen des Aktienrechts* (Rev. de Goldschmidt, 54, p. 441).

du 18 mai 1873 qui autorise la société à suspendre l'exercice des droits afférents à l'action indivise jusqu'à ce qu'une seule personne ait été désignée comme étant, à son égard, le propriétaire unique de l'action.

SECTION B. — RAPPORTS DES COHÉRITIERS AVEC LES CRÉANCIERS DE LA SUCCESSION

Deux intérêts opposés doivent toujours occuper le législateur, en matière de successions; celui des cohéritiers et celui des créanciers. Cette observation de l'un des rédacteurs de notre Code civil (1) est tellement évidente qu'elle se passe de commentaires. Le conflit d'intérêt des héritiers et des créanciers successoraux tient à ce que le caractère patrimonial de la succession s'accuse chaque jour davantage. Il entraîne cette conséquence de faire apparaître l'héritier moins comme un ayant cause à titre universel que comme un ayant cause à titre particulier auquel il ne serait que juste d'appliquer la règle *nemo liberalis nisi liberatus* (2).

Il y a plus : suivant que l'on qualifie (3) la dette héréditaire d'obligation ordinaire ou d'élément de l'hérédité prise dans son universalité active et passive, on sera conduit à lui appliquer le droit des obligations ou celui des successions.

1. Treilhard, Exposé des motifs de la loi du 9 floréal an XI (Séance du 9 germinal an XI); Dalloz J. G., *vo Disp.*, p. 168, n° 26.

2. Voir à ce sujet la thèse intéressante de M. Laborde Lacoste, *Essai sur la notion d'ayant cause à titre particulier en droit français* (Bordeaux, 1918).

3. Rapprochez ; Bartin, *Etudes de droit international privé*.

Les législations positives se divisent à cet égard, en deux groupes bien distincts.

D'une part, les législations anglo-saxonnes soumettent entièrement la question du règlement du passif héréditaire au statut des obligations et rendent ce règlement absolument indépendant de la dévolution successorale. L'héritier ne succède pas à l'actif brut mais seulement à l'actif net. L'hérédité est administrée par un liquidateur qui est chargé d'éteindre le passif suivant le droit commun des obligations et ce n'est qu'après l'acquittement complet des dettes que la dévolution héréditaire se produit effectivement en déclanchant avec elle tout le mécanisme du droit successoral.

Au contraire, dans les autres législations qui ne connaissent qu'une succession à l'actif brut, la liquidation du passif est intimement liée à la dévolution successorale et la situation des créanciers du défunt y est réglée par des compromis plus ou moins heureux entre le statut obligationnel et le statut successoral. Ces législations ne se distinguent entre elles que suivant qu'elles ignorent ou qu'elles organisent un procédé régulier mais facultatif de liquidation des dettes héréditaires antérieurement au partage.

Nous étudierons donc en quatre sections distinctes : les sujets passifs de l'obligation aux dettes, les biens affectés à l'obligation aux dettes, l'étendue de l'obligation aux dettes et l'exécution de l'obligation aux dettes. Nous examinerons également dans deux appendices distincts deux questions qui ne concernent pas directement les rapports des cohéritiers avec les créanciers de la succession mais qui y sont cependant intimement rattachées, c'est-à-dire :
1° Les rapports des créanciers successoraux entre eux et

avec les créanciers personnels des cohéritiers ; 2° les rapports qui surgissent entre cohéritiers à l'occasion de la liquidation du passif héréditaire.

§ 1. — *Les sujets passifs de l'obligation aux dettes.*

L'on conçoit que, dans les anciennes législations, le décès du débiteur ait fait écrouler le rapport de droit qui s'appuyait, en partie du moins, sur la personnalité du défunt.

La survivance de la créance au décès de l'obligé n'a pu se réaliser pratiquement qu'en recourant à la notion de représentation. Mais les législations positives se divisent à ce sujet en deux groupes très distincts suivant qu'elles admettent la représentation du défunt par un liquidateur ou sa représentation par les héritiers.

I. Le premier groupe de ces législations comprend exclusivement les législations anglo-saxonnes. La notion de patrimoine est toujours restée étrangère au législateur anglais qui n'autorise le cohéritier à recueillir que sa part dans l'actif net resté disponible après désintéressement des créanciers (1).

En principe, la succession anglaise est dévolue à un exécuteur désigné par le défunt ou à un exécuteur nommé par la *Probate Division* de la Haute-Cour de Justice (2).

A la vérité, le droit anglais primitif ne connaissait

1. Pollock and Maitland, *Hist. of english law*, II, p. 236 ; Vaughan Williams, *A treatise of the law of executors and administrators*, 9^e éd., I, p. 830.

2. Escarra, *op. cit.* ; Fornas, *op. cit.* ; Inhulsen, *Erben und Nachlassrepräsentanten nach englischem Recht* (*Zeitschr. Notar. Bayern*, XII, p. 70).

qu'un droit de poursuite subsidiaire sur les immeubles mais le patrimoine mobilier (*assets*) du défunt était liquidé par un administrateur conformément aux *statutes of distribution* (1). Cependant, cette liquidation devait tenir compte des intentions du défunt qui, de son vivant, avait le droit de créer entre ses divers créanciers un ordre de préférence s'il avait eu le soin de manifester sa volonté dans un acte scellé (*deed, contract under seal, specialty*).

Cependant, le développement de la maxime *equality is equity* devait restreindre progressivement ces prérogatives exorbitantes du débiteur jusqu'au moment où la loi sur l'organisation judiciaire de 1875 vint soumettre la liquidation de la succession mobilière aux mêmes règles que la procédure de faillite.

Quant à la succession immobilière (*real estate*), les cohéritiers ne pouvaient être tenus originairement sur les biens qui la composaient qu'après discussion préalable du mobilier et pour leur part seulement. Mais une lente évolution, qu'il serait trop long de retracer ici, finit par aboutir au *Land Transfer Act* de 1897 qui vint fondre la liquidation de la succession mobilière et celle de la liquidation immobilière dans une procédure unique dirigée par un exécuteur ou un administrateur à qui la loi reconnaît un pouvoir personnel de gestion du patrimoine successoral dans la mesure où ce pouvoir est nécessaire à la liquidation de la succession (2).

1. Joshua Williams, *Principles of the law of real property*, p. 80.

2. Sydney Williams, *A concise treatise on the law relating to legal representatives*, p. 455. Voir pour les Etats-Unis et en particulier pour l'Etat de New-York où la succession est liquidée par un *judge of probate, surrogate* : Parsons, *Law of business*, passim.

Ainsi donc, les législations anglo-saxonnes n'ont pas hésité à trancher le conflit qui met aux prises les créanciers du défunt et les cohéritiers par l'expropriation de ces derniers de leurs droits d'administration et de possession de la succession indivise (1).

II. Dans les législations romano-germaniques, celui qui recueille une succession doit avoir la charge d'en régler les dettes et le successeur à l'actif est en même temps un successeur au passif.

Dans ces législations, la représentation passive du défunt est donc confiée à l'héritier. Mais l'on conçoit que cette représentation puisse reposer sur un titre personnel ou sur un titre patrimonial.

a) La représentation personnelle, nous l'avons vu, trouve son expression la plus complète dans la conception romaine de la *successio in locum et in jus defuncti*. Si l'héritier romain était tenu des dettes de son auteur, ce n'était pas parce qu'il avait acquis les biens de ce dernier, mais parce qu'il avait été désigné par lui comme devant succéder à sa position sociale, à ses devoirs religieux et à ses obligations juridiques. Nous avons vu cependant comment le concept d'universalité finit par se transformer au point que celle-ci fut bientôt considérée comme un véritable objet de droit; la responsabilité passive devait alors apparaître comme une charge de l'actif héréditaire.

Toutefois, la notion de représentation personnelle s'est maintenue en droit français où la rencontre de la tradition romaine et de la discipline morale de l'ancienne famille

1. Comp. Colomb, *La limitation de la responsabilité de l'héritier, étude de droit comparé*, thèse. Lausanne, 1908.

germanique devait contribuer à perpétuer jusqu'à nos jours ce fameux principe de la continuation de la personne (1) aujourd'hui si décrié (2).

Il n'en fut pas autrement en droit germanique où la responsabilité pour les dettes héréditaires semble n'avoir été connue qu'assez tard et avoir été liée, là comme ailleurs, à l'apparition de l'économie monétaire capitaliste (3).

En droit germanique, la responsabilité pour les dettes héréditaires est attachée non pas à la qualité patrimoniale de copartageant, mais à la qualité personnelle de cohéritier. L'héritier naturel ou institué trouve dans son titre même une qualité qui le constitue représentant passif du défunt (4) alors que le légataire reste un simple successeur aux biens.

De ce caractère personnel de la responsabilité héréditaire de l'héritier, dans les législations romano-germaniques, découle une double conséquence.

Tout d'abord, la qualité d'héritier étant incessible, ainsi que nous l'avons vu précédemment, il en résulte que le cosuccesseur qui cède à un tiers sa quote-part dans l'hérédité indivise n'en demeure pas moins tenu personnellement de l'obligation aux dettes.

En outre, la responsabilité du cohéritier est absolu-

1. Brissaud, *op. cit.*, p. 643 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 581.

2. Percerou, *op. cit.*, passim ; Saleilles, *De la responsabilité de l'héritier aux dettes de la succession dans l'histoire du droit français*, *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1910 et 1911.

3. Brissaud, *op. cit.*, p. 641 ; Christiansen, *die Wissenschaft der röm. Rechtsgeschichte*, I, p. 291 ; Bekker, *Pandektenrecht*, p. 132 ; Pernice, *Labeo*, I, p. 323.

4. § 2087 du B. G. B.

ment indépendante des modifications qui pourraient se produire à l'intérieur de la communauté successorale et qui auraient pour conséquence de modifier l'étendue des droits du cohéritier sur l'actif indivis.

C'est précisément parce que la responsabilité du cohéritier est fondée sur un titre personnel et non pas sur un titre émolumentaire qu'elle n'est pas modifiée par l'existence d'une obligation de rapport à laquelle peut être soumis le cosuccesseur (1).

b) Il résulte de ce qui précède, que malgré l'opposition que l'on a voulu établir entre le principe de la continuation de la personne des législations romanes et le système de la succession aux biens des législations germaniques, ces deux groupes de législations font reposer la responsabilité héréditaire sur la qualité personnelle d'héritier.

L'on a dit quelquefois que, dans les législations germaniques, c'est le patrimoine héréditaire qui est le véritable débiteur du passif successoral (2). Il n'y a là, à notre avis, qu'une image brillante. Dans les législations positives modernes, la créance n'est jamais que le droit d'exiger d'une certaine personne une certaine prestation. Le créancier du défunt ne peut rien demander à un ensemble patrimonial de valeurs ; il ne peut qu'exiger de ceux qui en sont devenus les titulaires qu'ils emploient ces valeurs au paiement de sa créance.

En réalité, le principe de la succession aux biens n'a jamais eu en Allemagne la portée que certains adversai-

1. Arg. art. 857 C. civ. et 1014 C. civ. ital. ; Planck, § 2058 à 2063, n° 7 b ; Strohal, *Anteil am ungeteilten Nachlass und Erbschein* (*Festschrift Otto Gierke zum 70 ten Geburtstag*, p. 724 s.).

2. Percerou, *op. cit.*, p. 812.

res français du principe de la continuation de la personne ont voulu lui attribuer.

Remarquons au surplus, qu'il entraînerait des conséquences inadmissibles puisque sa logique conduirait à imposer aux légataires particuliers une obligation personnelle au paiement des dettes héréditaires jusqu'à concurrence de la valeur des biens légués.

D'ailleurs, la notion de titre personnel comme fondement de la responsabilité aux dettes héréditaires est si bien celle qui inspire le système germanique que l'on admet en Allemagne qu'il peut y avoir constitution d'héritier et, par suite, obligation aux dettes bien que la disposition ne s'applique qu'à la transmission d'objets distincts alors qu'une disposition portant sur une quote-part du patrimoine global et qui correspondrait à notre legs à titre universel (1) peut n'entraîner aucune représentation passive si elle ne s'accompagne pas d'une institution d'héritier (2).

Cette conception est parfaitement logique et il n'y a pas de bonne raison législative pour qu'un successeur universel soit tenu, comme tel, aux dettes héréditaires (3). Le droit romain avait toujours ignoré cette inconséquence (4) qui n'est apparue que dans le cours de notre ancien droit pour des raisons très particulières. En effet, notre très ancien droit français en proclamant le principe « institution d'héritier n'a lieu » s'interdisait de reconnaître des héritiers institués. Comme cependant l'institution d'héritier correspond à une exigence évidente de la vie sociale,

1. *Quotenvermächtniss* ; c'est l'ancien *legatum partitionis*.

2. Planck, n° 2 sur le § 2087.

3. Aubry et Rau, IX, § 583, note 9.

4. Girard, *op. cit.*, p. 928.

il tourna la difficulté en décidant que les héritiers institués devaient être considérés comme des successeurs *loco heredis* et tenus, à ce dernier titre, comme de véritables héritiers, d'une responsabilité personnelle pour les dettes héréditaires. C'est ainsi que la maxime *bona non sunt nisi deducto aere alieno* qui devait être étendue au légataire à titre universel fut consacrée par le Code civil (1). Mais il importe de souligner qu'elle n'est que le résultat de circonstances historiques, mais nullement, ainsi qu'on l'a cru quelquefois, une conséquence de la saisine (2) et encore moins une nécessité rationnelle.

Il est donc assez piquant de remarquer que le droit germanique, que nous nous représentons volontiers comme le protagoniste du principe de la succession aux biens, ignore ce que précisément nous connaissons en France, une représentation passive du défunt fondée sur la qualité exclusivement patrimoniale de successeur aux biens.

En résumé, le droit français connaît une double représentation passive héréditaire : l'une qui est fondée sur un titre personnel, l'autre sur un titre patrimonial (3). Nous constaterons ultérieurement que ces deux systèmes de

1. Art. 1009 et 1012; Arrêt Toussaint du 13 août 1851, D. 1851. I. 281; Aubry et Rau, XI, § 723, notes 5 et 6.

2. Aubry et Rau, § 723, note 6. Comp. Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 577. Cependant il est curieux de remarquer que les légataires universels non saisis et les légataires à titre universel qui ne sont jamais saisis ne sont pas tenus de l'obligation indéfinie aux dettes, Cass. 12 mai 1897, S. 1898. I. 493, note Wahl; Cass. 14 déc. 1910, S. 1913. I. 466.

3. Voir également sur un curieux cas de responsabilité à titre patrimonial le régime créé par la loi du 9 mars 1891 au sujet des aliments dus par la succession de l'époux prédécédé envers le conjoint survivant, Planiol, I, 906.

représentation n'ont ni la même efficacité ni la même portée. Bornons-nous, pour le moment, à constater qu'ils n'ont pas la même étendue juridique puisque dans le cas de concours d'un légataire universel avec un héritier à réserve, celui-ci n'en reste pas moins tenu pour le tout vis-à-vis des créanciers du défunt.

§ 2. — *Les biens affectés à l'obligation aux dettes.*

Nous avons vu que, dans les législations continentales, ce sont les cohéritiers qui sont les sujets passifs de l'obligation aux dettes. Mais sur quels biens l'exécution de cette obligation peut-elle être poursuivie ? Les législations romanes semblent s'écarter radicalement, sur ce point, des législations germaniques.

Les premières estiment que l'obligation personnelle de l'héritier implique nécessairement l'affectation à l'exécution de cette obligation du patrimoine personnel du successeur.

Les législations germaniques sont inspirées par des conceptions très différentes. Comme elles ne construisent pas le patrimoine sur la notion de personnalité, mais sur celle d'affectation, elles admettent volontiers qu'un individu soit titulaire de plusieurs patrimoines de façon qu'il puisse être responsable sur l'un d'eux sans être pour cela responsable sur les autres. Dès lors, les jurisconsultes germaniques ont été amenés à distinguer soigneusement la *Schuld*, c'est-à-dire le lien juridique qui crée l'état personnel d'obligé de la *Haftung* qui exprime l'état d'affectation d'un bien ou d'un patrimoine à l'exécution de la créance. Il s'ensuit qu'un débiteur peut être tenu d'une *Schuld* mais que sa *Haftung* peut n'exister qu'à l'égard de

certains éléments de son patrimoine ou à l'égard de certains des patrimoines dont il est titulaire (1).

En d'autres termes, alors que les législations romanes admettent en principe que la responsabilité de l'héritier entraîne celle de son patrimoine personnel, les législations germaniques imaginent aisément que cette responsabilité patrimoniale peut se restreindre aux seuls effets recueillis par l'héritier dans la répartition de l'actif successoral.

Ces notions générales sommairement esquissées, nous étudierons successivement les biens sur lesquels peut s'exercer la responsabilité du cohéritier, les effets de la limitation de la responsabilité du cohéritier et les conditions de cette limitation.

I. — Il n'est pas difficile de se représenter comment les créanciers peuvent poursuivre les biens composant le patrimoine personnel du cohéritier si cette faculté leur est reconnue par la loi. Dans cette mesure, ils sont assimilés à des créanciers personnels du successeur et leur action relève du droit commun des obligations.

Au contraire, en ce qui concerne les biens indivis, l'on conçoit que l'action du créancier puisse porter sur trois catégories de valeurs, bien distinctes : la part héréditaire du cohéritier dans la masse globale, la part qu'il possède dans les objets particuliers et les objets indivis eux-mêmes.

1^o En ce qui concerne la part que le cohéritier possède dans l'hérédité globale, il semble bien qu'il s'agisse d'un

1. Sur la distinction de la Schuld et la Haftung, voir Gierke, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, pp. 7 et 11; Antonio Marchi, *Storia e concetto della obbligazione romana, passim*; Polaccio, *La obbligazioni nel diritto civile italiano*, 2^e éd., I, p. 89, note 1.

droit qui appartienne à son patrimoine personnel car il est évident que le droit que l'on possède sur une universalité ne fait pas partie de cette universalité. Les législations germaniques n'ont pas hésité à déduire les conséquences logiques de ce résultat.

Le § 2039 du *B. G. B.* et le § 59 de la *Zivilprozessordnung* autorisent tout créancier personnel d'un cohéritier allemand à saisir la part qu'il possède dans la masse successorale indivise telle qu'elle se comporte en fait, augmentée ou diminuée par l'effet des rapports (1). Pour réaliser son droit, le créancier personnel peut, s'il le veut, attendre le partage et se faire attribuer à ce moment la totalité des objets mis au lot de son débiteur (2) mais il peut également, s'il le préfère, faire vendre aux enchères la quote-part d'hérédité (3).

En Suisse, la saisie de la quote-part d'hérédité est autorisée par la loi (4) mais elle ne peut jamais conduire à la vente aux enchères; elle ne peut consister qu'en une saisie préventive de la part de liquidation (5). Encore convient-il de remarquer que non seulement le créancier

1. Strohal, II, § 66, rem. 4; Binder, III, p. 485, rem. 177. Dans ce cas, le créancier peut exproprier le cohéritier de sa qualité de copartageant (Binder, *op. cit.*, p. 302).

2. § 83 du *Reichsgesetz über freiwillige Gerichtsbarkeit*; Pringsheim, *op. cit.*, p. 73 et les références.

3. §§ 844 et 857 de la *Z. P. O.*; Strohal, II, § 64, rem. 22; Dernburg, *op. cit.*, V, § 489. Cette mesure n'est pas sans présenter de graves inconvénients puisque la vente aux enchères peut s'effectuer dans des conditions désastreuses (Herzfelder, p. 289, rem. 16).

4. Art. 609 du Code fédéral et art. 104 de la loi fédérale du 11 avril 1889.

5. *Bull. sténographique*, 1906, p. 479. Sur les difficultés de cette procédure spécialement à l'égard des créanciers personnels du cohéritier, voir *Travaux de la commission d'experts*, I, p. 704.

saisissant ne peut exiger le partage (1) mais qu'il ne peut même pas demander que l'autorité administrative se substitue au cohéritier dans les opérations de liquidation. Cette saisie a simplement pour effet de le dispenser de saisir séparément les biens qui sont mis au lot de son débiteur au jour du partage, date à laquelle l'office des poursuites les réalisera immédiatement à son profit (2).

En ce qui concerne notre droit positif, il est assez singulier de constater que si la quote-part d'hérédité possède une individualité suffisante pour pouvoir être aliénée, cette individualité n'est pas assez consistante pour la soumettre à l'exécution forcée (3). Ce n'est pas à dire que le créancier soit privé de toute action sur cette quote-part. Il peut, tout d'abord, se réclamer de l'article 1166 du Code civil et faire provoquer le partage du chef de son débiteur (4). Mais, en outre, il peut s'autoriser d'un droit propre et faire opposition au partage conformément à l'article 882, ce qui permet d'expliquer que la jurisprudence attache à cette opposition un effet d'indisponibilité (5). Cet effet d'indisponibilité a pour conséquence d'autoriser le

1. *Bull. stén.*, p. 480, sauf au cas de convention d'indivision établie conformément à l'article 343 du Code fédéral.

2. Jager, *Bundesgesetz uber Schuldbetreibung und Konkurs* sur l'article 132.

3. Voir cependant pour l'ancien droit, Brodeau sur Louet, *op. cit.*, XI, 8 qui cite en sens contraire un arrêt du Parlement de Paris du 26 mai 1551.

4. Aubry et Rau, § 621, note 6. Le créancier n'étant que l'ayant-cause de son débiteur pourra se voir opposer un partage dépourvu de date certaine et même une convention d'indivision, Toulouse, 26 janv. 1889, D. 1891. II. 55; Bordeaux, 23 mai 1893, D. 1894. II. 48; Comp. Orléans, 11 mai 1861, D. 1861. II. 209.

5. Dijon, 18 déc. 1893, D. 1894. II. 389; Comp. Legrand, *op. cit.*, p. 130 s.

créancier à méconnaître les effets d'un partage auquel il n'aurait pas été appelé et d'empêcher le cohéritier débiteur de céder ses droits héréditaires à son détriment (1). Il faudrait, cependant, se garder de prétendre avec certains commentateurs que cet effet d'indisponibilité est comparable à celui qui résulte d'une saisie car il est certain que l'opposition n'accorde jamais au créancier opposant un droit de préférence quelconque sur les valeurs mises au lot de son débiteur au jour du partage (2). Une telle solution législative, que l'on a quelquefois préconisée (3), reviendrait à organiser au profit du créancier une véritable procédure de saisie de la part de liquidation assez comparable à celle que nous avons vue consacrée par le nouveau Code fédéral suisse.

2° En ce qui concerne les quote parts indivises que le cohéritier possède dans les objets successoraux particuliers, nous avons constaté que ces quotes parts sont absolument indéterminées dans le système de la *Gesamnte Hand*; elles ne peuvent donc faire l'objet d'une saisie valable dans les législations germaniques.

Il semble que la solution devrait être toute différente dans les législations romanes où la part du cohéritier dans les biens héréditaires particuliers est parfaitement déterminée. Néanmoins, la plupart de ces législations interdisent au créancier successoral de faire mettre en vente les quotes-parts indivises de leurs débiteurs dans les immeubles héréditaires indivis avant le partage ou la lici-

1. Références dans Aubry et Rau, § 626, notes 66 et 67.

2. Voir, sur la question, les références dans Aubry et Rau, § 626, notes 66 et 67 et note Planiol sous D. 1908. II. 143.

3. Note Dalmbert sous Rouen, 9 mars 1904, S. 1906. II. 249; Albessard, *L'opposition à partage*, thèse Paris, 1910, p. 94.

tation (1). Cette interdiction ne vise, il est vrai, que l'exécution forcée et non la saisie de la quote (2) mais il est évident que cette saisie théoriquement possible ne sera guère pratiquée puisqu'elle serait singulièrement précaire (3). Au surplus, l'impossibilité de l'exécution forcée sur parts indivises s'explique par les difficultés que présenterait cette exécution et aussi par l'instabilité de la quote en raison du partage déclaratif éventuel (4). Il s'ensuit qu'elle doit être étendue, pour identité de motifs, aux meubles héréditaires (5) ainsi qu'à toutes les communautés que la jurisprudence soumet à l'effet déclaratif (6).

Il convient de reconnaître cependant que la jurisprudence attribuée à la saisie de la quote-part immobilière un

1. Art. 2205 du C. civ., art. 2077 C. civ. italien, § 847 du Code autrichien, art. 1972 du Code d'Haïti, art. 2 de la loi belge du 15 août 1854. L'on a prétendu en Italie que cette disposition ne prohibait que l'exécution forcée d'une portion divise et non celle d'une part indivise. En ce sens Barassi, *Foro Ital.*, 1901, p. 366 ; *Contrà*, Coviello, *La quote indivise e la sua inespropriabilità*, 1902.

2. Voir à ce sujet dans des sens divers Glasson-Tissier, II, n° 1184 ; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *op. cit.*, III, n° 2637 ; Bordeaux, 2 nov. 1911, *Rec. somm.*, 1912, n° 540 ; Turin, 29 mars 1890, *Foro Ital.*, 1890. I. 472. Voir également art. 590 du Code de procédure civile italien.

3. Desserteaux, *op. cit.*, p. 303. En effet, la procédure de saisie doit être poursuivie sans interruption et il a été jugé que l'article 703 du Code de procédure civile qui autorise la remise de l'adjudication pour causes graves et dûment justifiées n'est pas applicable à l'indivision. Cass. 18 mai 1881, S. 1883. I. 159 ; Comp. Nérac, 15 juillet 1877 sous Cass. S. 1885. I. 18.

4. Glasson-Tissier, *loc. cit.* En ce sens opinion du tribun Lahary au Corps Législatif, Fenet, XV, p. 539 ; Brodeau sous Louet, H, XI, 8 ; Cass. 2 déc. 1862, S. 1863. I. 255.

5. Glasson-Tissier, *loc. cit.* ; Garsonnet, *op. cit.*, III, § 562, note 9 ; Cass. 23 mars 1881, S. 1882. I. 117.

6. Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *op. cit.*, n° 2638.

certain effet conservatoire soumis à l'éventualité du partage (1). La procédure d'exécution qui serait engagée contrairement à l'article 2205 est nulle et sa nullité peut être invoquée par le cohéritier (2) saisi, mais elle serait couverte par l'absence de réclamation avant le troisième jour qui précède la publication du cahier des charges (3) ainsi que par le consentement des cohéritiers (4).

3° A l'égard des biens indivis eux-mêmes, il est certain qu'ils ne peuvent être l'objet d'une exécution forcée qu'au profit des créanciers qui peuvent invoquer un titre contre tous les copartageants (5). La jurisprudence et la doctrine françaises se sont rangées à cette interprétation dont le législateur a lui-même consacré une application particulière dans l'article 2207 du Code civil (6).

1. Cass. 29 mars 1887, S. 1887. I. 123.

2. Baudry-Lacantinerie et De Loynes, n° 2644; Dijon, 1^{er} juillet 1902, S. 1903. II. 49; Comp. Thézard, *Privilèges et hypothèques*, n° 385.

3. Art. 728, C. procéd. civ.; Cass. 26 janv. 1909, S. 1912 I. 94.

4. Florence, 26 juillet 1903, *Archivio giurid.*, 1904, p. 74; Cass. 19 août 1858, D. 1858. I. 220.

5. En ce sens § 747 de la *Z. P. O.* allemande. Voir aussi art. 2077 du C. civ. italien et le § 847 du Code autrichien; Coviello, *loc. cit.*, Strohal, *op. cit.*, 2^e éd., II, p. 527. En Allemagne, si le défunt a été condamné, l'exécution commencée contre lui peut être continuée conformément au § 779 de la *Z. P. O.* et si elle ne l'a pas été, elle pourra l'être après l'expiration des délais de renonciation du § 727 de la *Z. P. O.* Si le créancier n'avait pas de titre exécutoire du vivant de son débiteur, il ne peut en acquérir un qu'après avoir poursuivi tous les cohéritiers en commun conformément au § 62 de la *Z. P. O.*

6. Cass. 9 déc. 1933, S. 1904. I. 423; Bordeaux, 24 janv. 1901, D. 1902. II. 189; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *op. cit.*, n° 2640; Comp. Bordeaux, 29 nov. 1833, S. 1834. II. 247; Dijon, 1^{er} juillet 1902, S. 1903. II. 49. Remarquons qu'un créancier d'un communiste peut saisir le bien indivis lorsque tous les communistes y consentent. Florence, 26 juillet 1903, *Riv. giurid. e sociale*, 1904, p. 74. Ce con-

Quels sont donc ces créanciers communs à qui l'on reconnaît le droit à l'exécution forcée sur les valeurs successorales pendant la durée de l'indivision ?

Ce sont tout d'abord et évidemment les créanciers solidaires mais ce peuvent être également des créanciers successoraux ordinaires.

L'on sait, en effet, que le § 2039 du *B. G. B.* accorde aux créanciers héréditaires la faculté de poursuivre les cohéritiers sur les valeurs indivises pendant la durée de la communauté.

Les interprètes des législations romanes reconnaissent la même faculté aux créanciers héréditaires mais ils estiment que cette faculté est immédiatement paralysée aussitôt que l'un des cohéritiers a payé sa part dans la dette puisque, à partir de ce moment, ce cohéritier a cessé d'être débiteur et que le créancier du défunt ayant cessé d'être le créancier commun de tous les cohéritiers se heurterait à la disposition de l'article 2205 de notre Code civil que l'on retrouve également dans nombre de législations étrangères (1).

Cependant, notre ancien droit estimait déjà que la division des dettes ne fait pas obstacle à la poursuite des créanciers successoraux sur les biens indivis (2) et la légitimité de cette interprétation semble bien avoir été recon-

sentement peut être quelquefois présumé, Alger, 30 nov. 1914, *Journ. de lég. algérienne*, 1913, p. 30.

1. Tissier note sous S. 1894. I. 479, col. III ; Baudry-Lacantinerie et De Loynes, *loc. cit.*

2. Coutume de Bourgogne, ch. VII, art. 12 ; Godefroy sur l'art. 593 de la Coutume de Normandie. Art. 226 de la Coutume de Cassel ; Guy Coquille, *Questions et réponses sur la coutume*, n° 334 ; Domat, *Lois civiles*, 1^{re} partie, livre 2, titre 4, section 9 ; Pothier, *Traité des obligations*, n° 309.

nue lors des travaux préparatoires de notre Code civil (1). C'est pourquoi, dès 1827, la Cour de Cassation n'hésitait pas à reconnaître que les créanciers peuvent poursuivre les valeurs héréditaires avant partage pour la totalité de leur créance en raison de l'indivisibilité hypothécaire qui résulte pour eux de la possession par leurs débiteurs des biens successoraux (2). Enfin, deux arrêts récents de la même Cour de Cassation du 10 juillet 1893 et du 24 décembre 1912 ont affirmé, l'un implicitement, l'autre expressément que la division des dettes ne pouvait faire obstacle à l'indivisibilité du gage des créanciers successoraux jusqu'au jour du partage (3).

Cette interprétation, qui a reçu l'adhésion d'une partie de la doctrine (4), est tout à fait heureuse mais difficile-

1. Exposé des motifs de la loi relative aux successions devant le Conseil d'Etat par Treilhard séance du 19 germinal an XI; Dalloz, *Rép.*, v^o *Successions*, n^o 169.

2. Arrêt rapporté par Tissier, *loc. cit.* En ce sens également Bordeaux, 6 mars 1877, *Journal des arrêts de Bordeaux*, 1877, 60.

3. Cass. 10 juillet 1893, S. 1894. I. 177, note Tissier; Cass. 24 déc. 1912, S. 1914. I. 201; Caen, 26 nov. 1896, *Rec.*, Caen, 1896, 148. Trib. civ. Seine, 20 mars 1903, *Gaz. trib.*, 23 juillet 1903. Voir surtout pour les motifs, Paris, 5 juillet 1904, *Rec. Gaz. trib.*, 1904. II. 484. En ce sens Gény, note sous *Pand. fr.*, 1893. I. 433; Mongin, *Situation juridique des sociétés dénuées de personnalité*, *Rev. crit.*, 1890, p. 697; Cézard-Bru, note sous D. 1899. II. 473. Voir également l'art. 1147 du Code néerlandais. Au cas où les cohéritiers voudraient se dérober aux effets de cette indivisibilité du gage successoral en procédant à un partage hâtif, les créanciers pourraient démasquer la fraude et, en invoquant l'exception de précipitation, exercer contre le partage l'action révocatoire de droit commun (Planiol, *op. cit.*, III, n^o 2441).

4. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 583, note 8; Gazin, *op. cit.*, p. 173; Gény, *loc. cit.*; Mongin, *op. cit.*, p. 702; Cézard Bru, *loc. cit.* Comp. Tissier, note précitée; Cotelle, *Rev. trim.*, 1903, p. 16; Anvers, 19 janv. 1910, *Pasicrisie*, II, p. 171.

ment explicable. Il n'est pas possible de la rattacher à l'article 826 qui ne vise qu'une hypothèse particulière d'exécution forcée sur le mobilier héréditaire (1) et elle ne peut se justifier que comme une conséquence logique de la théorie, par ailleurs fort discutable, de l'indivisibilité de la saisine héréditaire (2).

De ce qui précède, il résulte qu'en droit germanique comme en droit romano-classique, les créanciers successoraux peuvent saisir le patrimoine personnel du cohéritier ainsi que les biens indivis mais qu'ils ne peuvent saisir utilement la quote-part du cohéritier dans les objets particuliers. La seule différence qui existe entre ces deux groupes de législations est relative à la saisissabilité de la quote-part d'hérédité qui est pratiquée couramment en Allemagne mais qui n'a été qu'ébauchée par notre jurisprudence relative aux effets de l'opposition à partage.

II. Après avoir précisé quels sont les biens sur lesquels peut s'exercer la responsabilité du cohéritier, nous pouvons rechercher utilement ce que signifie le problème des effets de la limitation de cette responsabilité.

Il peut être exagéré de déclarer que cette limitation a pour effet de cantonner l'action du créancier successoral sur les seules valeurs héréditaires. La quote-part d'hérédité et la part de liquidation attribuée au cohéritier et qui font partie de son patrimoine personnel doivent pouvoir être saisies par les créanciers du défunt en dépit de la limitation de responsabilité.

En réalité, cette limitation a pour but de cantonner

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, § 2454 ; Laurent, *op. cit.*, X, n° 320. Comp. Demolombe, XV, n° 644. Voir sur l'art. 987 du Code Italien : Losana, *Le disposizioni comuni*, n° 416.

2. Aubry et Rau, *op. cit.*, note 8.

l'action des créanciers du défunt sur celles des valeurs du patrimoine du cohéritier qui présentent un caractère ou une origine héréditaire.

Remarquons, d'ailleurs, que pendant la durée de l'indivision, ce cantonnement est plus radical dans les législations latines que dans les législations germaniques. C'est ainsi qu'en droit allemand, le créancier, outre la poursuite qu'il est en droit d'exercer sur les biens indivis peut, malgré la limitation de la responsabilité du cohéritier saisir la part qui appartient à ce dernier dans l'hérédité commune (1) alors que cette faculté ne lui est pas reconnue en France où l'exécution forcée de la quote-part d'hérédité n'est pas organisée par la loi. Dans ces conditions, il faut reconnaître que si notre jurisprudence n'accordait pas aux créanciers successoraux un droit de poursuite indivisible sur les biens héréditaires pendant la durée de l'indivision, ces créanciers seraient, au cas d'acceptation bénéficiaire des cohéritiers, dans l'impossibilité absolue d'exiger le paiement de leurs créances jusqu'au jour du partage. Cette considération pratique suffit, à nos yeux, à justifier l'interprétation peut-être hardie mais absolument opportune de nos tribunaux.

Dès lors, il importe assez peu que le cantonnement de l'action des créanciers sur le patrimoine héréditaire que constitue le bénéfice de la responsabilité limitée, soit établi sur les biens successoraux eux-mêmes (responsabilité *cum viribus*) ou seulement sur leur valeur (responsabilité *pro viribus*) (2).

Il convient enfin de remarquer que ce cantonnement est

1. § 2059 du B. G. B.

2. Roguin, *op. cit.*, V, nos 2840 et 2841.

absolument indépendant de la notion juridique d'hérédité. Que l'hérédité s'absorbe dans le patrimoine personnel des cohéritiers ou qu'elle subsiste sous forme de patrimoine propre, il ne s'en produira pas moins. La notion de responsabilité limitée est donc tout à fait distincte de celle de patrimoine héréditaire autonome ; celle-ci n'intervient que pour faciliter et simplifier l'organisation régulière et collective de la liquidation du passif successoral.

III. Arrivons maintenant aux conditions de limitation de la responsabilité des cohéritiers.

Les civilistes français contemporains prétendent volontiers que ces conditions varient profondément suivant que l'on admet le principe de la continuation de la personne ou celui de la succession aux biens (1). Le premier entraînerait comme conséquence logique la responsabilité illimitée de l'héritier alors que le second impliquerait sa responsabilité limitée. Nous ne voulons pas insister ici sur une controverse qui fut particulièrement active en Allemagne (2).

En nous plaçant sur un terrain strictement réaliste, nous devons constater que le cantonnement de la responsabilité du cohéritier sur certaines valeurs déterminées suppose l'accomplissement de certaines formalités destinées à isoler ces valeurs de son patrimoine personnel afin d'éviter une confusion de fait qui, autrement, ne pourrait manquer de se produire.

En fait, le bénéfice de la responsabilité limitée n'est acquis à l'héritier aussi bien en France qu'en Allemagne

1. Percerou, *op. cit.*, p. 180.

2. Binder, *op. cit.*, 3^e éd., p. 9 s.

que s'il accomplit certains actes positifs qui consistent dans l'observation des formalités légales.

Le fonds de la controverse repose, en définitive, sur une question de mots. La responsabilité est-elle en principe limitée tout en pouvant devenir illimitée. Est-elle au contraire illimitée, mais limitable ?

Cette querelle byzantine n'a d'intérêt que dans la mesure des préoccupations sociales et sentimentales qu'elle évoque.

La solidarité familiale doit-elle se traduire en un devoir moral pour le descendant d'acquitter les dettes de son auteur ? (1). L'émancipation de l'individu réclame-t-elle, au contraire, que chacun ne soit responsable que de ses propres actes ?

Les deux conceptions peuvent se défendre bien que la première nous apparaisse comme un principe d'une haute moralité et d'une indiscutable valeur au point de vue de ce que l'on pourrait appeler l'éducation législative (2).

Au surplus, et si l'on examine avec soin le détail de l'organisation positive des législations germaniques, l'on s'aperçoit que la responsabilité limitée de l'héritier y est envisagée moins comme une disposition de faveur pour ce

1. Il est certain cependant que l'obligation *ultra vires* favorise les renonciations ce qui est particulièrement grave dans les législations qui consacrent le principe de l'accroissement (Segré, *Archivio Giuridico*, 1894, p. 585 ; Bonfante, Congrès de Milan, *Relazioni*, p. 32).

2. Colin, *Bulletin de la Société d'Etudes Législatives*, 1911, p. 30 et 31 ; Van Biervliet, *op. cit.*, n° 47.

Ici comme souvent, la sociologie comparée ne nous fournit aucun renseignement précis. Si les anciens Germains ne connaissent qu'une responsabilité limitée, d'autres peuples primitifs pratiquaient la responsabilité illimitée. C'est ainsi qu'existe en Annam le proverbe suivant : Le père emprunte, le fils rembourse ! Voir à ce sujet Boyer : *Le régime des successions en droit annamite*. Thèse Paris, 1920.

dernier que comme une garantie à l'égard des créanciers de la succession. Le principe de la succession aux biens n'implique pas que l'héritier ne doive pas être tenu sur son patrimoine personnel ; il signifie que l'héritier succède à un ensemble de biens dont il ne peut recueillir l'actif avant d'avoir éteint le passif. Il en résulte que le bénéfice de la responsabilité limitée est subordonné à la condition de l'organisation d'une liquidation régulière du passif successoral.

C'est ainsi que nous sommes amenés à penser que l'intérêt de la distinction de la règle romaine de la continuation de la personne et du principe germanique de la succession aux biens ne réside pas dans l'étendue plus ou moins grande de la responsabilité effective de l'héritier, mais dans l'exigence d'une liquidation préalable du passif pour être admis au bénéfice de la limitation de cette responsabilité.

Le droit positif nous montre, en effet, en ce qui concerne les conditions auxquelles est subordonné le bénéfice de la responsabilité limitée des divergences très accusées entre les législations romanes, le droit fédéral suisse et le *B. G. B.* allemand.

Dans les législations latines, la limitation de la responsabilité de l'héritier s'effectue par un récolement des valeurs recueillies par l'héritier dans la succession et qui est constaté généralement au moyen d'un inventaire. Au cas de pluralité d'héritiers, le droit français laisse à chacun d'eux la liberté de prendre le parti qui lui convient (1). Mais cette divergence des opinions particuliè-

1. En ce sens, art. 1667 du C. civ. espagnol et art. 336 du Code civil argentin. Cf. pour notre ancien droit Lebrun, *Succ.*, livre 3, ch. 4, n° 1.

res peut entraîner une telle complication dans l'administration et la liquidation de la succession que l'on comprend que certaines législations aient imposé aux cohéritiers le régime de l'acceptation bénéficiaire lorsqu'ils ne sont pas d'accord pour prendre le même parti (1).

Dans le nouveau Code Fédéral suisse, l'acceptation bénéficiaire n'a pas pour effet de limiter la responsabilité de l'héritier sur les biens successoraux mais elle a pour conséquence de la restreindre aux seules dettes portées à l'inventaire (2). L'héritier qui veut éviter de répondre des dettes successorales sur son patrimoine personnel est tenu de réclamer conformément à l'article 593 la liquidation officielle qui constitue une sorte de faillite de l'hérité.

Au cas de pluralité d'héritiers, il suffit que l'un d'eux réclame le bénéfice d'inventaire pour que lui et ses con-sorts se trouvent à l'abri de la poursuite des créanciers successoraux pendant la confection de cet inventaire (3). Lorsque celui-ci est achevé, chacun des héritiers peut prendre l'un des quatre partis suivants : accepter purement et simplement, accepter sous bénéfice d'inventaire, demander la liquidation officielle ou renoncer, et son option n'a pas d'effet à l'égard des autres (4). Toutefois, la liquidation officielle ne peut être demandée par un cohé-

1. Art. 958 C. civ. autrichien. Art. 1241 du code italien ; Bonfante (*Effetti dell' acquisto dell' eredità*, n° 24) propose d'introduire ici le principe majoritaire.

2. Article 589 du Code fédéral.

3. Art. 580, al. 3, alors même qu'ils auraient perdu le bénéfice de la responsabilité limitée, Huber, *Expertenkommission*, I, p. 653 ; Cf. Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 633.

4. Celui qui n'a rien déclaré est censé avoir accepté bénéficiairement (Exposé des motifs, p. 410).

ritier lorsque l'un de ses consorts a accepté purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire (1). Il ne faut pas en conclure que l'acceptation d'un cosuccesseur enlève à ses consorts le droit de limiter leur responsabilité dans le passif successoral. Mais la situation est alors fort délicate (2) et l'on admet généralement que le seul droit qui appartienne au cohéritier qui voulait demander la liquidation est d'exercer la pétition d'hérédité contre ses consorts afin de se faire payer de sa part dans le reliquat de l'actif déterminé d'après expertise après liquidation (3).

En ce qui concerne le droit allemand, les dispositions du *B. G. B.* relatives à la limitation de la responsabilité de l'héritier sont tellement obscures que de l'aveu même des commentateurs, elles constituent l'une des parties les moins heureuses de la codification de 1900.

Il est néanmoins certain que si la question peut être discutée pour l'héritier unique (4) il est indiscutable que, à l'égard du cohéritier, le principe fondamental est celui de la responsabilité limitée (5). Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que l'étendue de la responsabilité du cohéritier peut être profondément modifiée par le fait que la succession a été partagée entre les ayants droit.

En effet, les cosuccesseurs allemands ayant le devoir de liquider avant partage, l'on conçoit que leur responsabilité puisse être singulièrement aggravée après le partage par suite de l'inobservation des règles légales.

1. Art. 593, al. 2. Voir la controverse de Huber et de De Planta dans Huber, *Expertenkom.*, p. 600.

2. Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 641.

3. Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 642.

4. Planck, 3^e éd., V, p. 93.

5. Planck, *op. cit.*, p. 308 et 309.

Pendant l'indivision, la seule confection de l'inventaire par l'un des cohéritiers autorise les cosuccesseurs à se prévaloir de la faculté de limiter leur responsabilité aux biens indivis et à leur quote-part d'hérédité (1). Remarquons cependant qu'en principe, la confection de l'inventaire ne constitue pas, en droit allemand, un moyen de limitation de responsabilité puisque celle-ci dépend uniquement de l'adoption de l'une de ces trois mesures : l'administration de la succession, la faillite de l'hérédité ou l'exception d'insuffisance d'actif (2). S'il en est autrement en cas de pluralité d'héritiers, c'est que l'on n'a pas voulu faire dépendre la limitation de responsabilité du consentement unanime des cosuccesseurs (3). Le cohéritier ne sera donc tenu *ultra vires* que si l'inventaire n'a pas été établi en temps utile par l'un des cosuccesseurs, s'il refuse de prêter le serment prévu par la loi au sujet de l'exactitude de la déclaration d'inventaire (4) ou lorsqu'il se laisse condamner par un jugement passé en force de chose jugée sans opposer l'exception de responsabilité limitée (5).

Lorsque le partage a été effectué, il y a lieu de présumer que le passif successoral a été liquidé conformément au § 2046 du *B. G. B.* Dans le cas contraire, les cohé-

1. § 2059 et 2063 du *B. G. B.* La loi accorde un délai de trois mois pour faire l'inventaire (§ 1994) et l'inventaire fait par l'un des cohéritiers profite aux autres (§ 2063). Sur les difficultés relatives à l'application des règles sur le délai d'inventaire au cas de pluralité d'héritiers voir Böttcher, *die Haftung der Miterben für die Nachlassverbindlichkeiten*, p. 68.

2. § 1973 et 1991 du *B. G. B.*

3. § 2062 du *B. G. B.*

4. § 2006 du *B. G. B.*

5. Strohal, *op. cit.*, II, § 87, rem. 4 a. Cf. Binder, III, p. 272 s.

ritiers doivent supporter les risques de l'imprudence qu'ils ont commise en procédant à un partage hâtif. L'on revient alors à l'application du droit commun où la seule confection de l'inventaire ne suffit pas pour limiter la responsabilité de l'héritier. Or le partage a enlevé aux cohéritiers le droit de réclamer l'administration de la succession puisque cette succession n'existe plus à l'état de masse autonome (1). Les cosuccesseurs ne pourront donc pratiquement limiter leur responsabilité que dans les cas exceptionnels où le tribunal rétablira l'unité de la masse successorale pour en prononcer la faillite.

§ 3. — *L'étendue de l'obligation aux dettes.*

Pour quelle somme le cohéritier peut-il être poursuivi par le créancier commun ?

Il est impossible d'assigner à chaque créancier successoral un débiteur unique pris au hasard parmi les cohéritiers (2). A la vérité, il n'existe que deux procédés pratiques de règlement : la solidarité ou la divisibilité de l'obligation héréditaire.

I. — Mais qu'entend-on exactement par ces expressions ?

La solidarité est une notion assez simple et qui se suffit à elle-même bien qu'on puisse distinguer, ainsi que nous l'avons vu, la responsabilité solidaire ordinaire de la solidarité en *Gesammte Hand*.

La notion de divisibilité est plus vague puisque, sui-

1. Kress, *op. cit.*, p. 143, rem. 7 ; Frommhold, *Das Erbrecht des B. G. B.* sur le § 2062.

2. Voir cependant sur les pouvoirs du juge de l'*actio familiæ exercundæ* à Rome, Gaius, D. 10, 2, 3.

vant les circonstances, la part de responsabilité peut désigner la part virile, la part héréditaire ou la part de liquidation.

De ces trois conceptions, la première, seule, est conforme à l'esprit de la théorie de la continuation de la personne (1) puisque cette continuation est absolument indépendante de toute préoccupation patrimoniale. L'on sait qu'elle avait été accueillie par l'ancien droit qui prétendait esquiver ainsi les difficultés inhérentes au régime de la pluralité des successions (2), qu'on en retrouve aujourd'hui l'écho dans la terminologie défectueuse de l'article 873 de notre Code civil et qu'on en rencontre aussi l'application dans quelques hypothèses exceptionnelles (3).

De nos jours, l'influence prédominante des conceptions patrimoniales ne permet plus de considérer la part du cohéritier dans les dettes héréditaires que comme une part d'hérédité ou une part de liquidation. Suivant la conception française, ces deux parts sont identiques puisque la seconde n'est que la valorisation de la première. Mais la question a été discutée en Allemagne où une partie de la doctrine qui admet la théorie du rapport réel a été amenée à décider que la part de liquidation (*reelles Erbteil*) peut avoir une valeur très différente de la part nominale (*nominelles Erbteil*). Cependant, bien que certains auteurs aient prétendu que la part de responsabilité pas-

1. Cazelles, *op. cit.*, p. 247 s. ; Percerou, *op. cit.*, p. 566. C'est cette conception que nous rencontrons aujourd'hui encore en Indochine. Voir à ce sujet Boyer, *Le régime des successions en droit annamite*, thèse Paris, 1920.

2. Lebrun, *Succ.*, livre IV, ch. II, sect. 4, n° 8; Pothier, *Succ.*, ch. V, art. 3, § 4.

3. Planiol, III, n° 2073 *in fine*,

sive devait correspondre à la part de liquidation (1), la plupart des commentateurs allemands attribuent à la quote-part de responsabilité le même taux que la quote-part héréditaire (2) pour le motif que le rapport n'a qu'un caractère obligationnel dont les effets ne peuvent concerner que les relations réciproques des cohéritiers (3).

A la vérité, cette dernière conception s'impose. L'étendue de la responsabilité du cohéritier ne peut dépendre des résultats de la liquidation puisqu'elle doit être fixée au jour même de l'ouverture de la succession. Il n'en est pas moins vrai qu'elle présente de graves inconvénients puisque, au cas d'insolvabilité d'un cohéritier dont la part nominale se trouve absorbée en fait par un rapport au moins prenant, le créancier commun peut se trouver en présence d'une succession parfaitement solvable et cependant rester impayé en partie (4). Les jurisconsultes allemands ont prétendu éviter ce résultat en considérant les cohéritiers d'un débiteur de rapport en moins prenant comme acquéreurs d'une valeur patrimoniale et responsables, à ce titre, des dettes de ce patrimoine conformément aux conceptions germaniques relatives aux effets de la transmission des patrimoines (5).

1. Binder, *op. cit.*, III, p. 176. Sans étendre le système de la part de liquidation au régime de l'obligation aux dettes, Dernburg (*op. cit.*, V, § 182, rem. 4) l'accepte en ce qui concerne le règlement de la contribution aux dettes.

2. Strohal, *op. cit.*, § 91, rem. 7; Planck, *loc. cit.*, Kipp sur Windscheid, *op. cit.*, III, suppl. au § 508, 3, 11.

3. Voir sur la question une bonne monographie de Oskar Ermert, *Der Einfluss der Ausgleichung auf die Erbenhaftung nach dem Recht des B. G. B.*, In. Diss. Leipzig, 1910.

4. Tissier note sous Cass., S. 1894. I. 177; Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, II, p. 332.

5. Planck, sur le § 2062, n° 6; Strohal, II, § 91, rem. 5, 6. Cette

II. — Nous venons de préciser ce que l'on entend par solidarité ou divisibilité de l'obligation passive. Il convient de rechercher maintenant quelle attitude ont prise à ce sujet les diverses législations positives.

Il fut un temps où la solidarité dans les dettes n'était qu'un aspect de la cohésion du groupe familial. Nous avons vu que quelques coutumes du Nord de la France (1) avaient, jusqu'à la veille de la Révolution, admis le principe de l'obligation solidaire des cohéritiers à l'extinction du passif successoral. La solidarité des amendes entre héritiers fut longtemps pratiquée (2) et notre fiscalité moderne impose aujourd'hui encore aux cosuccesseurs la solidarité pour le paiement des droits de mutation (3). Il n'est pas rare également que le juge prononce la solidarité de la dette des dépens à titres de dommages-intérêts (4).

Certains ont voulu apercevoir dans la divisibilité une conséquence de la règle de la continuation de la personne et dans la solidarité une application du principe de la succession aux biens (5).

Il nous paraît téméraire d'aller chercher dans des con-

analyse spécieuse a le tort de s'appuyer sur la conception inexacte suivant laquelle le rapport en moins prenant serait une transmission de valeur du patrimoine du cohéritier débiteur à celui du cohéritier créancier alors qu'il n'est qu'un procédé particulier d'allotissement, c'est-à-dire de répartition du patrimoine commun.

1. Assises de Jérusalem, Cour des Bourgeois, ch. CCXXVII (éd. Beugnot, p. 157).

2. Robert Mazuyer, « La solidarité des amendes », *thèse Paris*, 1914.

3. S. 1916. II. 30.

4. Cass. 1^{er} juin 1912, S. 1914. I. 215.

5. Exposé des motifs de Bigot-Préameneu dans Locré, VI, p. 165; Ricol, *op. cit.*, p. 22; Cazelles, *op. cit.*, p. 248.

structions théoriques récentes la justification de règles positives séculaires et qui s'expliquent très simplement par des conceptions différentes sur la façon dont il convient d'équilibrer les intérêts en présence.

Ici, en effet, on peut saisir sur le vif le conflit des intérêts du cohéritier et de ceux du créancier successoral. Or, les éléments de la responsabilité du cohéritier sont au nombre de deux : les biens sur lesquels il peut être tenu et la somme qui peut lui être réclamée. Si le poids de sa responsabilité s'alourdit d'un côté, il doit s'alléger de l'autre. Aussi conçoit-on que l'étendue objective de la responsabilité (*Haftung*) et le montant de la dette qui peut être réclamée au cohéritier (*Schuld*) soient deux fonctions inverses l'une de l'autre. Dans ces conditions, l'on peut inférer *a priori* que la solidarité doit accompagner la responsabilité limitée et la divisibilité résulter de l'obligation illimitée (1).

Remarquons cependant que ce principe d'équilibre a été complètement méconnu dans certaines législations telles que le droit autrichien qui attache la solidarité à la perte du bénéfice de la responsabilité limitée (2). Dans les autres législations positives, son application est plus ou moins faussée en raison du rôle attribué au partage sur l'étendue de la responsabilité héréditaire. A cet égard,

1. Luzzatto, *op. cit.*, II, p. 37 et 38; Van Biervliet, *op. cit.*, p. 41.

2. § 550, 820 et 821 du Code civil autrichien. Stubenrauch, *op. cit.*, p. 1003. Sur la signification de l'envoi en possession (*Einantwortung*) en droit autrichien, voir Roguin, *op. cit.*, V, § 2786 s. Avant l'*Einantwortung*, la succession autrichienne forme un patrimoine propre (*Sondergut*) dont il faut organiser la curatelle. L'*Einantwortung* a pour effet de déterminer le sujet de ce patrimoine en attribuant à ce sujet la qualité d'héritier avec effet rétroactif au jour du décès.

le partage peut être considéré à un double point de vue.

L'on peut concevoir, tout d'abord, que, jusqu'au jour de la liquidation, les biens indivis forment le gage indivisible des créanciers du défunt sur lequel les cohéritiers doivent être tenus solidairement. Cette conception a été adoptée par les législations germaniques où elle apparaît comme une conséquence logique des principes supérieurs qui inspirent ces législations. Mais il est singulier de constater que les législations romanes qui consacrent la divisibilité héréditaire des obligations connaissent également cette solidarité des cohéritiers *propter rem* pendant la durée de la communauté (1). C'est ainsi que notre jurisprudence française, en particulier, parle volontiers, sinon de la solidarité des cohéritiers sur les biens indivis, tout au moins de l'indivisibilité du gage des créanciers successoraux que constitue le patrimoine indivis (2).

Cette interprétation ne repose, en réalité, que sur une confusion de mots car il est évident que le gage général de l'article 2092 du Code civil est tout autre chose que la véritable institution du gage de l'article 2073. La notion d'indivisibilité de la saisine que l'on a quelquefois invoquée (3) ne saurait davantage constituer une justification de la thèse de la jurisprudence puisqu'il est établi que la saisine n'avait aucun rapport avec l'obligation aux dettes (4) et que, par ailleurs, cette explication conduirait à des conséquences inadmissibles (5). Ainsi donc le droit de

1. Art. 2413 du Code portugais. Pour le droit musulman voir Cour d'Alger, 18 oct 1910, *Rev. alg.*, 1911, p. 24 et note Morand.

2. Gazin, *op. cit.*, p. 175 ; Paris, 5 juillet 1904, *Rec. Gaz. Trib.*, 1904, II, 484.

3. Aubry et Rau, § 609, note 22 ; Demolombe, XVII, n° 214.

4. Planiol, III, n° 1940.

5. L'indivisibilité passive impliquerait en effet l'indivisibilité active

poursuite des créanciers successoraux sur les biens héréditaires ne peut s'expliquer que par une véritable solidarité des cohéritiers à l'égard des créanciers successoraux en tant que ces derniers réclament l'exécution de leurs droits sur les biens successoraux non partagés. Il n'y a là qu'une application particulière de cette idée que les cohéritiers sont les sujets collectifs des biens indivis. De même que la propriété de ces biens appartient collectivement aux cosuccesseurs, de même ceux-ci doivent être responsables collectivement pour les obligations dont l'exécution est poursuivie sur les biens en question (1).

Nous venons de voir comment l'on peut concevoir que le partage doit faire cesser la solidarité de fait entre les cohéritiers sur les biens communs. Mais l'on peut imaginer, au contraire, que les conditions dans lesquelles s'opère ce même partage soient une cause génératrice de solidarité entre ces cohéritiers sur leur patrimoine personnel. Nous avons vu, en effet, que les législations qui ont adopté le principe de la succession aux biens imposent aux cohéritiers l'obligation de liquider avant partage. Aussi comprend-on qu'elles aient sanctionné cette obligation en établissant entre les cohéritiers une véritable solidarité pour les dettes qui n'auraient pas été liquidées avant la cessation de l'indivision. Dans ce cas, la solidarité apparaît avec un véritable caractère de peine privée.

En résumé, l'on peut concevoir que la responsabilité du cohéritier peut être solidaire et limitée, solidaire et illimitée, divisée et limitée, divisée et illimitée. Le *B. G. B.*

de sorte que le cohéritier créancier aurait le droit de poursuivre le débiteur commun pour la totalité de la créance (*Percerou, op. cit.*, p. 578, note 3).

1. Van Biervliet, *op. cit.*, p. 19.

nous offre d'ailleurs un exemple de la coexistence de ces quatre types de responsabilité (1).

III. Les développements qui précèdent vont nous permettre de comprendre l'esprit auquel obéissent les diverses législations positives dans la réglementation de l'étendue de l'obligation aux dettes qui est imposée au cohéritier. A ce sujet, nous examinerons successivement la responsabilité avant partage et après partage en distinguant dans chacune de ces deux hypothèses suivant que la responsabilité du cohéritier est limitée ou illimitée.

A. Responsabilité du cohéritier avant partage.

1° Responsabilité limitée :

La responsabilité *intra vires* des cohéritiers cantonne l'action des créanciers successoraux sur les biens indivis et sur les quote-parts d'hérédité de leurs débiteurs.

Il s'ensuit que les cohéritiers qui jouissent du bénéfice de la responsabilité limitée doivent, en principe, pouvoir être poursuivis *in solidum* sur les biens communs.

Cette solution a été consacrée par le *B. G. B.* allemand mais non sans difficulté (2). La première rédaction du projet de Code civil allemand avait adopté, pour des raisons de simplicité et de commodité (3), la règle romaine de la division héréditaire des dettes. Mais au cours de la seconde rédaction, les germanistes firent triompher le principe de la solidarité du *Landrecht* prussien (4). Ce principe n'a pas cependant été consacré dans toute sa rigueur. Il s'est produit en réalité une compénétration des

1. Roguin, *op. cit.*, V, n° 2771.

2. Sur l'histoire des travaux préparatoires, voir *Motifs*, V, p. 528. *Protokoll*, V, p. 870.

3. *Motifs*, p. 528.

4. *Preuss. All. L. R.*, I, 17, § 127 s.

traditions germaniques et des conceptions romaines qui contribue à obscurcir singulièrement l'œuvre des rédacteurs de 1900.

La principe de solidarité est formulé par le § 2058 du *B. G. B.* mais il y a lieu de distinguer, à cet égard, deux espèces de solidarité. Sur leur quote-part héréditaire, les cohéritiers sont responsables solidairement conformément au droit commun des § 421 et suivants du *B. G. B.* (1). Cette quote-part doit être soumise à une procédure d'exécution forcée conformément au § 859, al. 2 de la *Zivilprozessordnung*. Sur les biens commun, au contraire, le cohéritier est tenu d'une obligation en main commune. Si, à la rigueur, il peut être poursuivi isolément (2), en fait il ne sera poursuivi qu'en commun avec tous ses con-sorts car tous les cohéritiers se trouvent dans un rapport de communauté procédurale nécessaire (3).

C'est ce même principe de solidarité que nous rencontrons dans le Code fédéral suisse (4) et dans le projet de Code civil hongrois (5).

Quant aux législations latines qui sont restées fidèles à la maxime *nomina ipso jure divisa sunt* (6), la stricte

1. Dernburg, *op. cit.*, V, § 489, p. 532.

2. Planck sous le § 2059, I a. Dans ce cas, le créancier n'a besoin d'un titre exécutoire valable que contre le cohéritier poursuivi : Strohal, *op. cit.*, § 88, rem. 4. Comp. Boettcher, *op. cit.*, p. 60.

3. *Z. P. O.*, § 62 et 472.

4. Art. 603. Il s'agit ici d'une obligation solidaire et non d'une obligation en main commune. Le Code suisse a abandonné sur ce point les traditions de la *Gesammte Hand*. Voir à ce sujet Schneider und Fick, *Das schw. Obligationenrecht* sur l'art. 162; Leuthold, *Die passive Solidarität im schw. Obligationenrecht*, passim.

5. § 2417.

6. Art. 1029 du C. civ. italien, art. 1355 du Code chilien et art. 3490 du Code argentin. Cass. 14 mars 1916, S. 1916, Som. I, p. 41.

application de cet adage conduit à refuser aux créanciers des cohéritiers bénéficiaires toute action sur les biens indivis puisqu'il suffit que l'un des cosuccesseurs acquitte sa part dans la dette pour qu'il devienne étranger à cette dette de sorte que le créancier qui ne pourra plus que saisir les parts indivises des cohéritiers du *solvens* n'aura plus d'autres ressources que de provoquer le partage puisque cette saisie lui est pratiquement interdite. C'est aux inconvénients intolérables d'une telle conséquence qu'ont voulu obvier les législations qui, suivies sur ce point par notre jurisprudence française, ont organisé l'indivisibilité de la poursuite des créanciers successoraux sur les biens indivis (1).

2° Supposons maintenant que le cohéritier ait perdu le bénéfice de la responsabilité limitée. Notre principe d'équilibre exige la divisibilité de la poursuite et c'est ce qu'admettait déjà l'archaïque disposition des 12 tables contrairement à l'esprit général du droit romain qui était favorable à la solidarité des coobligés (2). C'est cette même règle que nous retrouvons aussi bien dans notre Code civil (3) et les législations romanes (4) que dans le

1 Art. 1147 du Code néerlandais, art. 1084 du Code espagnol, art. 2215 du Code portugais. En Espagne, les cohéritiers ne peuvent être poursuivis sur leurs biens personnels pendant la durée de l'indivision ; ils ne sont que les syndics de la succession. Après le partage, ils sont tenus solidairement à moins qu'ils ne puissent invoquer le bénéfice d'inventaire.

2. Bonfante, *op. cit.*, p. 33, note 1.

3. Art. 873 et 1220. Le principe contesté au début du dix-neuvième siècle (Paris, 13 pluviôse an IX ; Colmar, 23 nov. 1810, S. chr.) est aujourd'hui indiscutable (Cass. 9 nov. 1908, S. 1909. I. 92 ; Cass. 24 avril 1918, S. 1918. I. 162).

4. Voir textes précités.

B. G. B. (1) et même dans l'ancien avant-projet du Code civil russe (2).

La règle est si générale qu'elle s'étend à toutes les dettes héréditaires même aux dettes commerciales (3), aux dettes de change (4) et aux dettes solidaires (5).

Ainsi donc, le principe de la division des dettes apparaît dans les législations latines avec une portée à peu près absolue. Il ne souffre que deux dérogations. La première est imposée par la nature des choses dans la mesure où il s'agit d'une obligation indivisible, telle qu'une obligation hypothécaire (6). La seconde est relative aux stipulations conventionnelles d'indivisibilité et de solidarité. Ces stipulations deviennent de plus en plus fréquentes (7) et elles figurent souvent dans les titres nominatifs émis par les grandes sociétés ou dans les polices des compagnies d'assurances (8). L'on en a contesté la validité en invoquant que la solidarité repose sur un mandat tacite qui, dans l'espèce, n'existe pas. Mais il résulte des articles

1. § 2059 du *B. G. B.* Wendt, *Archiv für die civ Praxis*, 26, p. 429. L'exception divisoire doit être opposée en cours d'instance conformément au § 780 de la *Z. P. O.* mais elle est péremptoire (Strohal, *op. cit.*, p. 341). Certains auteurs estiment cependant que le jugement doit se prononcer sur la validité de l'exception (Planck sur le § 2059 et Seuffert sur le *Z. P. O.*, rem. 2 sur le § 780).

2. Von Seeler, *op. cit.*, p. 120 s. C'est un ukase du tzar Alexis Mikailovitch de 1649 qui avait établi une responsabilité solidaire entre les cohéritiers.

3. Cass. 1^{er} février 1921, S. 1921. I. 207.

4. Cass. Rome, 22 août 1911, *Legge* 1911, 1770.

5. Art. 1213 C. civ.

6. Art. 873, 1221 et 1225 du Code civil.

7. Le principe de la continuation de la personne s'opposait, à Rome, à la validité de pareilles clauses.

8. Dalloz, *Code des assurances*, Jurisprudence n° 558.

1221 nos 4 et 5 de notre Code civil que la solidarité peut être présumée de sorte que la clause dont il s'agit est parfaitement licite (1) et que son emploi ne trouve de limitation que dans l'acceptation bénéficiaire des cohéritiers (2). Mais il doit être entendu que les mesures unilatérales qui auraient pu être prises par le défunt ou par les cohéritiers en vue de mettre la totalité de la dette à la charge de l'un de ces derniers ne peuvent en aucun cas être opposées au créancier lorsque celui-ci ne les a pas acceptées (3).

Sous le bénéfice des réserves que nous venons d'indiquer, le principe de la divisibilité des dettes a une portée presque générale. Cependant il a été vivement critiqué au point de vue législatif (4). Déjà, lors des travaux préparatoires du Code civil on lui reprochait d'être une cause d'insécurité dans les relations sociales (5) en sacrifiant délibérément la garantie du crédit du défunt à l'intérêt de la famille. L'on a soutenu que cette pulvérisation

1. Pierron, *Des clauses stipulant l'indivisibilité de l'obligation ou la solidarité entre les héritiers du débiteur*, thèse Nancy, 1905; Eugène Emmanuel, *Conflit entre créanciers d'une succession solvable et cohéritiers insolvables débiteurs d'un rapport en moins prenant*; Simoncelli, *Instituzioni di diritto privato italiano*, 2^e éd., p. 579; Formules dans Defrénois, *Traité général de Notariat*, I, IV, p. 369.

2. Voir dans des sens divers : Cass. 16 fév. 1838, D. 1838. I. 128; Cour supérieure de justice luxembourgeoise, *Pas. lux.*, 1908, 104; Lyon, 5 mars 1909, *Le Droit*, 25 déc. 1909; Laurent, *op. cit.*, XVII, n° 417; Demolombe, *Succ.*, III, n° 574.

3. Le défunt ou les cohéritiers peuvent modifier la contribution aux dettes mais non l'obligation aux dettes.

4. Voir les critiques que déjà lui adressait Azo, *Summa in tertium librum Codicis*, rubr. *fam. etc.*, n° 15.

5. Observations du tribunal de Rouen (Fenet, 5, p. 483). Observations du Tribunal sur le projet de Code de procédure civile, Locré, 21, p. 400.

d'obligations (1) était contraire au principe de la continuation de la personne puisqu'elle a pour effet de substituer à l'objet de l'obligation primitive des objets différents (2). Economiquement et juridiquement, trois créances de 600 fr. ne représentent pas une créance de 1.800 fr. La pluralité des poursuites, l'aléa du risque couru en raison de l'insolvabilité possible de l'un des débiteurs, les modifications procédurales impliquées par la réduction du montant nominal de la créance sont autant de causes de difficultés et de dangers pour le créancier héréditaire.

Aussi conçoit-on qu'une législation soucieuse des intérêts du crédit comme le Code fédéral suisse (3) ait maintenu le principe de la solidarité même au cas de responsabilité illimitée des cohéritiers (4) bien qu'une telle solution soit peut-être exagérée puisqu'elle accorde aux créanciers successoraux une augmentation injustifiée de leur gage et risque de multiplier les causes de recours et de contestations entre héritiers (5).

1. Cazelles, *op. cit.*, p. 247; Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, p. 373.

2. Luzzatto, *op. cit.*, II, p. 37. Cf. Van Biervliet, *op. cit.*, n° 23; Serban, *De l'indivisibilité du paiement et de ses exceptions*, thèse Paris, 1911, p. 38. Voir également au point de vue des legs faits au culte, Simoncelli, *Riv. di dir. ecclesiastico*, 1898, 29.

3. Art. 603. Voir également en ce sens art. 2116 du Code portugais.

4. Cette solution est traditionnelle en Suisse. Elle n'en constitue pas moins un abandon des règles de la *Gesammte Hand* qui, dans l'espèce, auraient dû exiger que le créancier s'adressât collectivement à tous les cosuccesseurs : Schneider et Fick, *Das Schw. Obligationenrecht*, sur les art. 162 s.; Hartmann, *Korreal und Solidarobligation nach dem schw. Obligationenrecht* (*Z. Schw. R., N. F.*, VI, p. 113 s.). Au surplus, il est juste d'indiquer que cette solidarité ne s'étend pas à l'obligation aux legs (art. 486).

5. Losana, *Le disp. com. all. succ. légit. e testam.*, n° 594.

Certes, la division des dettes produit une altération du rapport de droit mais cette altération se produit aussi bien dans le cas d'un héritier unique puisque, même dans cette hypothèse, la dévolution héréditaire entraîne un changement du sujet passif et une modification dans la consistance du patrimoine qui forme le gage des créanciers (1).

Le principe de la division des dettes apparaît comme l'expression d'une sage mesure d'équilibre entre l'intérêt des cohéritiers et celui des créanciers successoraux.

En outre, il faut remarquer que, dans nombre de circonstances, les inconvénients de la division des dettes peuvent être atténués. Mais il convient, à ce sujet, de dissiper quelques illusions au sujet de certains palliatifs que l'on a prétendu apporter à ces inconvénients.

Reconnaissons, tout d'abord, que le droit d'intervention au partage ne saurait en aucun cas être considéré comme un remède à la division des dettes (2) car cette faculté est absolument inopérante lorsque la part du cohéritier débiteur est absorbée par un rapport en moins prenant (3).

D'un autre côté, la séparation des patrimoines ne peut créer un obstacle à l'application du principe de la division des dettes ainsi qu'on l'a quelquefois prétendu. Certains interprètes ont soutenu, en effet, que cette séparation provoquait une sorte de rescision de l'acceptation des cohéritiers qui aurait pour effet de reconstituer le patri-

1. Van Biervliet, *loc. cit.*

2. Cf. Melucci, *Del pagamento dei debiti e pesi ered.*, *Giur. it.*, 1878, IV, 41.

3. Luzzatto, *op. cit.*, p. 92, note 71.

moine du défunt dans son unité globale (1). Cette conception a le tort d'étendre à notre séparation des patrimoines modernes la notion romaine de *separatio bonorum* qui reposait effectivement sur la fiction de la survie du *de cuius* en ce qui concernait l'exécution et le règlement des dettes successorales (2). Aujourd'hui, la séparation des patrimoines n'entraîne plus de rescision de l'acceptation ; elle ne crée au profit des créanciers successoraux qu'un simple droit de préférence à l'égard des créanciers personnels des cohéritiers. Il convient cependant de remarquer que notre jurisprudence tend à lui reconnaître les effets d'un privilège présentant les avantages de l'hypothèque immobilière. Il devait naturellement résulter de cette interprétation arbitraire une tendance à attribuer à la séparation des patrimoines le caractère d'indivisibilité inhérent à l'hypothèque et à déclarer que le créancier séparatiste pouvait exiger de chaque héritier tenu hypothécairement envers lui la totalité de la dette sans que l'article 2205 du Code civil puisse lui être opposé (3).

Cette conception n'est cependant pas acceptable ; elle conduirait logiquement à attacher à la séparation des patrimoines un caractère d'indivisibilité même après partage, ce que personne ne consent à admettre (4). En réa-

1. Losana, *La separazione del patrim. del defunto de quello del erede*, ch. II ; Demolombe, *Succ.*, V, n° 132.

2. Planiol, III, n° 2182 ; Aubry et Rau, § 619, notes 63 et 64.

3. Melucci, *Sep. del patr.*, n° 209 ; Gabba, *Giur., it.*, 1893, I, 2, 312 ; Chironi, *Question di dir.*, p. 344 ; Demolombe, *loc. cit.* ; De Caqueray, *Rev. prat.*, t. XII, p. 265 ; Caen, 17 janv. 1855, S. 1857. II. 294 ; Cass. Rome, 28 avril 1909, *Foro Ital.*, 1909. I. 1250 ; Palerme, 28 oct. 1910, *Foro*, 1911, I, 11 ; Pau, 22 mai 1912, S. 1912. II. 179.

4. Aubry et Rau, § 583, note 8 et § 636, note 14. Voir cependant Lafontaine, *Rev. crit.*, 1859, XV, p. 335.

lité, la séparation est une mesure prise à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier et non à l'encontre de l'héritier lui-même dont elle ne doit pas aggraver la situation. Le droit de préférence qui en découle ne porte pas sur le patrimoine héréditaire mais sur le patrimoine particulier des cosuccesseurs et, par suite, se trouve divisé de même que la créance à laquelle il est attaché.

En d'autres termes, il ne s'agit pas ici d'un privilège garantissant une créance unique mais d'une série de privilèges garantissant des créances multiples et divisées (1). Remarquons, d'ailleurs, que la séparation des patrimoines ne permet pas plus au créancier successoral d'échapper à la règle de la division des dettes qu'elle ne peut le protéger contre l'exercice d'un rapport en moins prenant puisque celui-ci est exercé par le cohéritier non pas à titre de créancier mais à titre de copropriétaire (2).

A la vérité, le seul remède à la divisibilité des dettes héréditaires pendant la durée de la communauté réside dans l'indivisibilité patrimoniale des biens indivis. Cette indivisibilité que nous avons vu consacrée par les législations germaniques et la jurisprudence française entraîne des effets pratiquement analogues à la solidarité jusqu'au jour du partage et enlève tout intérêt à la séparation des patrimoines pendant la durée de l'indivision (3). C'est à un résultat à peu près équivalent à cette indivisibilité de

1. Lomonaco, *Filangieri*, IV, 493; Tartufari, *Archivio*, XVI, 118; Bonfante, *Effetti dell' acquisto*, n° 125; Planiol, II, n° 2932; Gazin, *op. cit.*, p. 198, note 1; Tissier, note précitée; Cass. 10 juillet 1893, D. 1894. I. 5 et note conforme De Loynes.

2. Note De Loynes précitée; notes Tissier sous S. 1893. I. 429 et 177; Labbé, note S. 1888. I. 5. Comp. Demolombe, XVII, n° 214.

3. Mangin, *op. cit.*, *Rev. crit.*, 1890, p. 702.

poursuite qu'aboutit le droit scandinave en autorisant les créanciers successoraux, malgré la division des dettes, à poursuivre pour le tout l'ainé des cohéritiers constitué administrateur de la succession commune indivise (1).

B. Responsabilité des cohéritiers après partage.

L'étendue de la responsabilité des cohéritiers après le partage est diversement réglée par les législations positives suivant que celles-ci leur imposent ou non l'obligation de liquider la succession avant de la répartir entre eux.

Si cette obligation n'existe pas, et nous savons que tel est le cas dans les législations latines, la division des dettes s'opère (lorsque le partage n'a pas été frauduleux (2)) d'une façon absolue, sur la base de la quote-part d'hérédité et non sur la base de la quote-part de liquidation (3). Il peut en résulter qu'un cohéritier insolvable dont la part est absorbée par un rapport en moins prenant n'en reste pas moins tenu personnellement de sa part dans le passif successoral (4).

La limitation de responsabilité corrélatrice à l'acceptation bénéficiaire n'enlève pas aux cohéritiers le bénéfice de cette division (5) et la séparation des patrimoines qui,

1. Maurer, *Vorlesungen über altnordische Rechtsgeschichte*, III, p. 338, note 1. Loi danoise du 30 nov 1874, § 53.

2. Voir un cas intéressant de fraude concertée entre les cohéritiers contre la veuve de l'un d'eux, Cass. 24 déc. 1912, S. 1914. I. 201.

3. Voir cependant Cass. 9 janv. 1827; S. 1827. I. 347 et Lafontaine, *Rev. crit.*, 1859, t. V, p. 335.

4. L'ancien droit paraît avoir voulu écarter cette conséquence, évidemment injuste, en annulant le partage en raison d'une présomption de fraude entre les cohéritiers vis-à-vis des créanciers (Pothier, *Succ.*, n° 310 qui rappelle l'opinion conforme de Dumoulin).

5. Melucci, *op. cit.*, col. 39; Cour d'appel de Palerme, 27 juillet

nous l'avons vu, n'est d'aucune utilité aux créanciers successoraux avant le partage ne leur accorde après partage qu'un droit de préférence à l'égard des créanciers personnels mais sans porter atteinte au principe de la division des dettes.

Ces solutions législatives sont évidemment défectueuses, notamment dans la mesure où elles ne corrigent pas la limitation de responsabilité par l'établissement d'une solidarité dans la dette (1) et où elles se montrent, à ce titre, assez peu soucieuses du crédit du défunt (2).

Par contre, les législations qui imposent aux cohéritiers l'obligation de liquider le passif avant de partager l'actif ont eu le soin de sanctionner cette obligation par l'établissement d'une responsabilité solidaire entre héritiers même lorsque ces derniers sont tenus *ultra-vires*. Il en est ainsi notamment en droit suisse (3) et en droit allemand. Ce dernier ne réserve aux cohéritiers le bénéfice de la responsabilité divisée après partage que dans le cas où une procédure de liquidation du passif a été ouverte antérieurement à la répartition (4), dans celui où les cohéritiers peuvent être considérés comme excusables de ne pas

1906, *Circolo*, 1906, p. 348. En France, la question n'est plus discutée, Aubry et Rau, § 648, note 3 ; Bourges, 19 avril 1899, *Pand. franç.*, 1900, II, 32 ; Trib. civ. Seine, 30 oct. 1904 ; *Gaz. trib.*, 18 janv. 1902.

1. Luzzatto, *op. cit.*, II, p. 81 ; Roguin, *op. cit.*, V, p. 509.

2. La division s'applique, en effet, même aux dettes de change, Cass. Rome, 22 août 1911, *Legge*, 1911, 1769.

3. Art. 639 du Code fédéral. La solidarité ne cesse qu'avec le consentement du créancier ou cinq ans après le partage ou le jour où la créance est devenue exigible si cette échéance est postérieure à la cessation de l'indivision.

4. § 2060 du *B. G. B.*, al. 3, cas où la faillite de la succession a été ouverte et close soit par le partage de la masse, soit par un concordat.

avoir désintéressé, pendant la durée de la communauté, le créancier qui vient leur demander paiement après partage (1) et enfin dans l'hypothèse où ce créancier a fait preuve d'une négligence particulière (2).

§ 4. — *L'exécution de l'obligation aux dettes et la procédure de liquidation.*

Le règlement du passif héréditaire peut-il être laissé au hasard des initiatives individuelles ou doit-il s'absorber dans une procédure collective et organisée ? Tel est le problème que soulève la question de la liquidation du passif successoral.

Avec la disparition progressive de l'ancienne solidarité familiale, la succession apparaît chaque jour davantage comme un acte d'enrichissement gratuit de sorte que le successeur devrait n'être appelé à succéder qu'à l'actif net et non à l'actif brut, c'est-à-dire qu'il ne devrait pouvoir recueillir l'actif disponible qu'après désintéressement préalable des créanciers du défunt. C'est dans cette application à la succession de la maxime *bona non sunt nisi deducto aere alieno* que nous voulons voir le sens profond du principe de la succession aux biens.

Lorsque la succession est dévolue à plusieurs héritiers, le problème se complique puisqu'il s'agit de déterminer si la liquidation du passif, en admettant qu'elle existe, porte sur le patrimoine successoral global ou seulement sur la part héréditaire de chaque successeur.

Au point de vue rationnel, la question ne peut guère

1. § 2060, n° 1 et § 2061.

2. § 2060, n° 2.

se poser puisque l'on peut à peine concevoir le fonctionnement pratique d'une pluralité de liquidations parallèles qui impliqueraient nécessairement la réalisation délicate et aléatoire d'une série de droits indivis.

Dans un pareil système, en effet, toute mesure collective, toute entente entre les créanciers, tout règlement pratique de la liquidation seraient rendus impossibles. En d'autres termes, la liquidation, là où elle existe, ne peut être qu'indivisible (1).

Ces quelques réflexions générales indiquées, nous étudierons successivement les législations qui connaissent un régime de liquidation facultative du passif successoral et celles où cette liquidation est obligatoire.

I. *Législations à liquidation facultative.* — Le type des législations à liquidation facultative est assurément celle de notre Code civil et des codifications qui en sont issues (2).

Dans ces législations, le patrimoine héréditaire n'existant pas à l'état de masse autonome ne saurait être liquidé puisqu'on ne peut liquider ce qui n'existe pas (3). Au surplus, il est certain que la tradition romano-classique ne s'est jamais familiarisée avec cette notion de correspondance de l'actif et du passif des patrimoines. Remarquons cependant que celle-ci ne lui est pas restée complètement étrangère puisqu'elle inspire manifestement certaines dispositions telles que l'article 1698 du Code civil ainsi que notre loi fiscale du 25 février 1901 qui prévoit la

1. Endemann, *Einführung in das Studium des B. G. B.*, 7^e éd., III, p. 503, rem. 24.

2. Voir cependant le Code portugais où, en fait, le passif successoral est liquidé par le chef de famille (*cabeco de casal*), art. 2082 s.

3. Percerou, *op. cit.*, p. 581.

déduction de l'actif des dettes héréditaires pour l'établissement de l'assiette du droit de mutation par décès.

Quoi qu'il en soit, il est certain que, en droit français, les cohéritiers ne sont pas obligés de liquider le passif héréditaire avant de se répartir l'actif disponible (1). Il en résulte que lorsqu'un cohéritier paie la totalité d'une dette successorale qui n'est pas indivisible, il ne peut forcer ses consorts à subir le rapport en moins prenant pour la valeur correspondant à leur part respective dans la dette commune (2). Cette solution n'est qu'une conséquence de l'article 873 bien que, si l'on admet la thèse jurisprudentielle de l'indivisibilité du gage héréditaire pendant l'indivision, l'on puisse concevoir que le fait du cohéritier qui écarte la poursuite des créanciers successoraux sur les biens communs en les désintéressant sur son patrimoine personnel est une mesure conservatoire autorisant le prélèvement (3).

Cependant, quelle que soit la valeur du principe, il n'est peut-être pas exact de déclarer que notre pratique judiciaire ignore complètement la liquidation avant partage (4).

En premier lieu, les tribunaux consacrent le caractère obligatoire de cette liquidation à l'égard d'une certaine catégorie de créanciers, les cohéritiers créanciers de la

1. Donnedieu de Vabres et Nast, *Vie juridique du Français*, II, p. 180.

2. Cass. 7 juillet 1892, D. 1893. I. 5 et note De Loynes.

3. Cf. De Loynes, note précitée. Au cas où le cohéritier avantagerait certains créanciers au détriment des autres, ceux-ci auraient la ressource de l'action paulienne et le droit de demander le partage.

4. Gény, note sous *Pand* 1893. I. 434; Tissier, note sous S. 1893. I. 129; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, n° 2984.

succession. La Cour de cassation a décidé, en effet, que c'était un principe de droit naturel que le règlement avant partage des sommes que peuvent se devoir réciproquement les divers ayants droit dans une masse commune (1).

Mais même à l'égard des créanciers ordinaires, il arrive fréquemment que la liquidation soit effectuée en fait avant le partage.

En effet, il se peut tout d'abord que le défunt ait confié la liquidation de son passif à un exécuteur testamentaire. Remarquons, cependant, que ce pouvoir de liquidation que notre ancien droit français (2), suivi sur ce point par certaines législations contemporaines (3), accordait à l'exécution testamentaire lui est en général refusé par la plupart des législations romano-classiques qui estiment que la fonction essentielle, sinon exclusive, de l'exécuteur consiste dans le paiement des legs (4). Dans ces législations, l'exécuteur testamentaire n'acquitte le passif successoral que lorsqu'il en a été expressément chargé par le défunt et encore faut-il que les cohéritiers ne s'y opposent pas (5).

1. Cass. 13 janv. 1909, S. 1911. I. 441.

2. Beaumanoir, XII, n° 426 ; Valbonnais, *Hist. du Dauphiné*, II, p. 117. Il fallait qu'il s'agisse d'un exécuteur universel mais non d'un exécuteur particulier. Ce pouvoir de liquidation disparut au xv^e siècle (Caillemer, *Origines et développement de l'institution de l'exécution testamentaire*).

3. Art 1259 du Code chilien, art. 3852 du Code argentin. Voir également pour le *B. G. B.* où l'exécuteur a des pouvoirs de liquidateur au cas de pluralité d'héritiers, Vuchot, *Les exécuteurs testamentaires dans le nouveau Code civil allemand*, thèse Lyon, 1903, p. 144.

4. Cass. 23 mai 1898, D. 1899. I. 199. Cass. 10 février 1903, D. 1904. I. 113 ; Guyot, *L'exécuteur testamentaire dans la jurisprudence et dans la pratique notariale française*.

5. Baudry-Lacantinerie et Colin, *op. cit.*, II, n° 2660 ; Vitali, *op. cit.*, V, p. 486.

Remarquons cependant que l'exécuteur testamentaire aura fréquemment le pouvoir de liquidation puisque, en principe, ce n'est qu'après désintéressement des créanciers successoraux que les legs peuvent être acquittés (1).

Mais l'hypothèse de la nomination d'un exécuteur testamentaire n'est pas la seule où, dans les législations romano-classiques, nous rencontrions des procédures de liquidation avant partage.

L'on sait, en effet, que, lorsque la majorité des cohéritiers l'exige, elle peut faire vendre le mobilier héréditaire afin d'éteindre les dettes successorales (2), alors même que l'un des cosuccesseurs offrirait de payer sa part dans ces dettes (3).

L'on a recours également, lors du partage, à des clauses de répartition du passif qui, bien qu'inopposables aux créanciers (4), peuvent cependant être invoquées par eux; ces clauses sont très usuelles et elles ont une importance pratique d'autant plus considérable (5) qu'elles sont vues avec faveur par la jurisprudence (6).

Remarquons même qu'il arrive fréquemment que les cohéritiers chargent leur notaire de liquider la succes-

1. Colmet de Santerre, *op. cit.*, IV, n° 176 bis, V.

2. Art. 826, C. civ.; Art. 987, C. it.; Demolombe, XV, n° 652; Baudry-Lacantinerie et Wahl, III, n° 2461; Losana, *Le disp. com.*, n° 416.

3. Wahl, *op. cit.*, n° 2461; Dalloz, *Rép.*, v° *Succ.*, n° 4693; Cf. l'art. 140 primitif du titre des successions.

4. Cass. 27 nov. 1893, *Pand. franç.*, 1894. I. 149. Cass. 6 fév. 1895, D. 1895. II. 207; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 520.

5. Ces clauses peuvent être interprétées comme un simple mandat ou comme un règlement définitif. Cass. 6 nov. 1894, S. 1895. I. 89.

6. Trib. Seine, 9 fév. 1910, S. 1912. II. 31. Cf. Cass. 28 fév. 1900, S. 1904. I. 149. Pour les frais spéciaux nécessités par la liquidation, voir Amiaud et Volland, *Traité des honoraires des notaires*, n° 474.

sion (1). Dans ce cas, le notaire procède à des publications ou à des annonces dans les journaux afin de rechercher les créanciers qu'il désintéresse avec les espèces disponibles qu'il complète, s'il est nécessaire, en engageant ses clients à réaliser le mobilier indivis. Certes, cette organisation spontanée si intéressante risque d'échouer devant la mauvaise volonté de l'un des cosuccesseurs (2) et elle peut être dangereuse (3) lorsque le notaire ne présente pas les garanties de moralité nécessaires. Mais ce procédé empirique offre l'avantage d'une certaine discrétion dans l'acquittement des dettes du défunt et l'on peut se demander si, à ce titre, il n'est pas d'une valeur supérieure au lourd et brutal fonctionnement de la liquidation officielle du droit germanique dont l'esprit inquisitorial répugnerait, peut-être, à des mentalités latines.

Enfin, le problème de la liquidation peut se poser lorsque la succession a été acceptée bénéficiairement ou mise en faillite.

Lorsque la succession a été acceptée bénéficiairement par l'un des cohéritiers, le régime de l'acceptation bénéficiaire s'étend-il à la succession toute entière ou se restreint-il à la part du cohéritier bénéficiaire? C'est dans le premier sens que s'est prononcé le Code portugais (4). Dans les

1. En fait, le notaire doit toujours procéder à l'inventaire des charges de l'hérédité afin d'établir l'assiette de ses honoraires et des droits d'enregistrement. La déduction du passif est également nécessaire pour l'application des règles relatives à la quotité disponible (art. 922) et à l'article 826 (Lhez, *Du notaire liquidateur dans le partage judiciaire*, p. 90).

2. Cass. 29 mars 1892, D. 1893. I. 468.

3. Sourdois, *Etude sur la règle nemo liberalis nisi liberatus*, p. 76.

4. Art. 2067 à 2088. Dans ce cas, le liquidateur est le chef de famille (*cabeça de casal*), généralement l'aîné des héritiers mâles.

autres législations latines, la doctrine est hésitante. Certes, le fonctionnement pratique du bénéfice d'inventaire ne se conçoit guère qu'à l'égard d'une succession maintenue dans l'état d'un patrimoine autonome (1) et c'est pourquoi certains auteurs ont estimé que la séparation des patrimoines accessoire à l'acceptation bénéficiaire produit effet même à l'égard des héritiers purs et simples tout au moins jusqu'au partage (2).

Cette solution soulève cependant de nombreuses difficultés. Les cohéritiers bénéficiaires ou non administreront-ils concurremment (3)? Qu'advient-il s'ils ne s'entendent pas? L'on a soutenu que, dans ce cas, les créanciers successoraux ne pourraient faire nommer un administrateur ou un curateur à la succession et qu'ils n'auraient que le droit de demander le partage afin de cantonner le régime de l'acceptation bénéficiaire sur la part revenant aux seuls cohéritiers bénéficiaires (4). Mais ce procédé de liquidation successive est compliqué et très onéreux. Aussi conçoit-on que les tribunaux autorisent alors les cohéritiers à provoquer la nomination d'un administrateur ou d'un curateur à la succession (5) en lui donnant des

1. Gazin, *op. cit.*, p. 248; Cézard Bru, note sous Bordeaux 41 janv. 1898, D. 1899. II. 473; Labbé, note sous Metz 25 juillet 1865, S. 1866. II, 249; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, n° 1218.

2. Voir, outre les références précitées, Georges, *De l'administration et de la liquidation de la succession bénéficiaire*, thèse Rennes 1910, p. 154 et Thaller, *Ann. dr. comm.*, 1894, p. 244 qui prétend que, dans ce cas, la succession bénéficiaire est assimilable à une société. Voir aussi Pau, 22 mai 1912, S. 1912. II. 179.

3. Rouen, 13 août 1888, *Gaz. Pal.*, 1889. I. supp. 89; Wahl, note sous S. 1892. II. 46; Laurent, X, n° 134.

4. Note Planiol sous D. 1894. II. 81.

5. Cass. 22 fév. 1879, S. 1880. II. 237. Comp. Laurent, X, n° 86; Demolombe, XV, n° 173; Georges, *op. cit.*, p. 154. Voir au point de

pouvoirs qui s'étendent à l'hérédité toute entière (1). Cette jurisprudence est certainement très heureuse en pratique bien que l'on puisse douter qu'il appartienne aux cohéritiers d'étendre au delà de leurs limites normales les fonctions d'un administrateur provisoire car ces fonctions devraient être toujours provisoires et ne comporter jamais de pouvoirs de liquidation (2). Elle entraîne, au surplus, des conséquences singulières. C'est ainsi qu'elle implique l'application à toute la succession de l'article 2146 relatif à l'arrêt du cours des inscriptions hypothécaires (3). De même, les formalités de l'article 806 du Code civil se trouveront applicables à la licitation entre héritiers qui ne constitue cependant qu'une opération de partage (4).

Cette indivisibilité du régime de la succession bénéficiaire ne cesse qu'avec le partage après lequel les cohéritiers sont tenus divisément des faits de leur gestion ainsi que du reliquat du compte (5).

C'est cette même indivisibilité relative que nous retrou-

vue des effets du droit d'accroissement, Annecy, 24 juillet 1886, *Gaz. Palais*, 1887. I. supp. 83.

1. Paris, 5 juin 1891, D. 1894. II. 84. Comp. Planiol note précitée; Percerou, *op. cit.*, p. 596.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, nos 2081 et 2084. La question présente moins d'intérêt depuis que la Cour de Cassation s'est refusée à autoriser le juge des référés à enlever aux cohéritiers bénéficiaires l'administration de la succession indivise. Cass. 10 mai 1898, S. 1898. I. 388.

3. Cass. 18 nov. 1833, S. 1833. I. 824. Cf. les divers systèmes proposés dans Planiol, II, no 3030.

4. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, no 1279. Cf. Vavasour, *Rev. prat.*, XXX, p. 176.

5. Cass. 11 juillet 1865, D. 1865. I. 469; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, II, nos 1465 et 1555. Cf. pour l'ancien droit Lebrun, *Succ.*, livre 3, ch. 4, no 70. Voir cependant Pothier, *Cout. d'Orléans*, titre 17, no 54.

vons dans l'organisation de la faillite d'une succession dévolue à plusieurs héritiers (1). Remarquons, à ce sujet, que la question ne se pose guère qu'à l'égard d'une succession bénéficiaire. En effet, si les héritiers sont solvables et qu'ils aient accepté purement et simplement, ils ne peuvent demander la faillite et l'on ne voit pas quel intérêt les créanciers du défunt auraient à l'exiger.

Quoi qu'il en soit, il semble bien, si l'on s'en tient aux principes, que notre droit ne puisse connaître qu'une pluralité de faillites de quote-parts héréditaires. Mais comme il est assez difficile d'imaginer le fonctionnement pratique d'un pareil régime, l'on conçoit que les créanciers du défunt puissent demander la faillite de la succession sur simple requête ou sur assignation à tous les cohéritiers.

Mais ce droit appartient-il également aux cohéritiers ? Il semble bien que chacun d'eux ne le possède que pour sa quote-part héréditaire à moins que l'on accorde au juge le droit de prononcer d'office la faillite de la succession globale (2), droit qui ne lui appartiendrait même pas si le cohéritier s'était borné à demander la liquidation judiciaire puisque la liquidation judiciaire ne peut coexister avec la faillite. Aussi estime-t-on généralement que la faillite de la succession ne peut être provoquée, à défaut des créanciers, que par une demande collective de tous les cohéritiers (3).

Il n'en reste pas moins que cette faillite de la succession se résout en une pluralité de faillites partielles de sorte

1. Percerou, *Faillite et liquidation judiciaire après décès* (*Journal des faillites*, 1905, p. 415 s. et 497 s.).

2. Trib. com. Tarbes, 22 déc. 1911, *Rev. prat. not.*, 1912, p. 408.

3. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, VIII, n° 1014; Malapert, *Liq. Jud.*, n° 73. Comp. Percerou, *Faillite*, n° 474.

qu'on ne peut guère imaginer le mécanisme de la réalisation de l'actif et celui de la production des créances (1).

Nous n'insisterons pas davantage sur les difficultés très compliquées relatives à la matière et en particulier sur celles qui ont trait à la conclusion de la faillite et à la réalisation du concordat (2). Aussi bien, ne s'agit-il ici que de difficultés purement théoriques puisque la faillite des successions indivises, qui est un mécanisme lourd et compliqué (3), est à peu près inconnue de la pratique et que les tribunaux n'ont presque jamais eu à se prononcer à son sujet.

II. *Législations à liquidation forcée.* — Aux législations qui ne connaissent qu'une législation facultative s'opposent celles qui prévoient une liquidation forcée du passif successoral. C'est à ce groupe législatif que se rattachent les coutumes musulmanes (4) et slaves (5) mais surtout les législations germaniques et anglo-saxonnes qui sont les seules sur lesquelles nous voulions insister ici. Ces der-

1. Percerou, *op. cit.*, p. 522.

2. Voir, à ce sujet, Percerou, *op. cit.*, p. 532 ; Georges, *op. cit.*, p. 429, note 4. Lorsque les cohéritiers s'entendent pour accepter le concordat, l'exploitation du fonds est continuée mais dans ce cas, il semble qu'il serait indispensable de substituer le régime de la société à celui de l'indivision (Percerou, *op. cit.*, p. 536).

3. Roguin, *op. cit.*, V, n° 2944.

4. E. Viala, *Le mécanisme du partage en droit musulman* ; Faure-Biguet, *Abrégé des successions en droit musulman*, p. 44 ; Cour d'Alger, 18 oct. 1910, *Rev. alg.*, 1911, p. 24 et note Morand. Le décès produit des effets analogues à ceux de la faillite et la succession est liquidée collectivement par les héritiers qui ne se partagent que l'actif net (Luciani, *Traité des successions musulmanes ab intestat*, p. 3).

5. Art. 2692 de l'ancien projet de Code civil russe.

nières se différencient à leur tour en ce sens que les législations germaniques confient aux cohéritiers le rôle de liquidateur que les coutumes anglo-saxonnes attribuent à un administrateur judiciaire.

1° En droit germanique, l'obligation pour les cohéritiers de liquider le passif avant de partager l'actif (1) n'est qu'une conséquence très naturelle du principe de la succession aux biens et nullement, ainsi qu'on l'a quelquefois prétendu (2) une application nécessaire de la *Gesammte Hand*. Ce sont les cohéritiers qui exercent eux-mêmes les pouvoirs de liquidation à moins que le défunt ne les ait confiés à un exécuteur testamentaire (3). A cet effet, les législations germaniques ont organisé une procédure de sommation publique aux créanciers qui a pour objet de forcer les créanciers successoraux à se faire connaître sous peine de ne plus pouvoir se faire payer que sur le reliquat de l'actif qui subsiste après le règlement des créanciers qui se sont déclarés et de perdre le bénéfice de la poursuite contre les divers successeurs après partage (4).

Chacun des héritiers peut exiger que le partage soit reculé jusqu'à l'achèvement de cette procédure provocatoire qui, au surplus, profite même aux successeurs qui

1. § 2045 et 2046 du *B. G. B.*, art. 610, al. 3 du Code civil suisse ; art. 550 du Code autrichien, § 2027 du projet du Code civil hongrois.

2. Boreesco, *De la faillite des successions*, thèse Paris, 1912 ; Escher, Code civil suisse, III, p. 278.

3. L'exécuteur testamentaire allemand est en principe liquidateur du passif quand il y a plusieurs héritiers, § 2204 et 2046 du *B. G. B.* ; Planck sur le § 2203, 17, 6 ; Vuchot, *op. cit.*, p. 142.

4. § 2060, nos 10 et 2061 du *B. G. B.*

ne l'ont pas réclamée. Les frais qu'elle entraîne sont considérés comme des frais successoraux (1).

Suivant le résultat de cette procédure, les cohéritiers peuvent prendre un double parti. Si le passif est peu important, ils décideront généralement de liquider eux-mêmes. Ils réaliseront les biens nécessaires au règlement des créances héréditaires en réservant les sommes suffisantes pour le paiement éventuel des créances à terme ou litigieuses (2).

Si, au contraire, le passif est important, l'on recourt à la liquidation administrative.

Le Code civil suisse ne connaît qu'une seule procédure de liquidation officielle qui est une faillite déguisée bien qu'elle ne se confonde pas avec la faillite successorale véritable qui ne peut être prononcée que lorsqu'il y a renonciation de tous les cohéritiers.

Cette procédure de liquidation officielle a son origine dans la séparation des patrimoines qui, dans nombre de cantons suisses, avait reçu une organisation collective (3). Elle suppose l'insolvabilité de la succession (4) et ne peut être réclamée que par les créanciers du défunt, les légataires et par l'unanimité des cohéritiers. Mais encore faut-il, dans ce dernier cas, qu'aucun des cosuccesseurs

1. § 2045 du *B. G. B.* ; § 224, n° 4 de la *K. O.* : Planck, sur le § 2060, 2a. Art. 580 du Code fédéral suisse. Voir les critiques de cette disposition dans Roguin, *op. cit.*, V, n° 2959.

2. § 2046 du *B. G. B.*, art. 610, al. 3 du Code suisse ; Escher, *op. cit.*, p. 296 ; Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 724.

3. Voir, sur la liquidation officielle suisse, Percerou, *op. cit.*, p. 873 ; Huber, *op. cit.*, II, p. 434 ; Rossel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 650.

4. Art. 597.

n'ait accepté purement et simplement (1). La liquidation officielle a pour effet de mettre les cohéritiers à l'abri des dangers de la responsabilité illimitée et de provoquer une sorte de séparation des patrimoines au cours de laquelle le patrimoine du défunt est liquidé par un ou plusieurs administrateurs (2).

Quant à la faillite, elle ne peut être prononcée, nous l'avons vu, qu'après renonciation de tous les cohéritiers (3). Cette disposition est assez singulière, puisqu'elle supprime tous les effets ordinaires de la renonciation, c'est-à-dire la dévolution successorale. Elle s'explique cependant puisqu'une renonciation aussi générale ne peut que faire présumer l'insolvabilité de la succession et, par suite, la nécessité d'un règlement collectif (4).

Le droit allemand, à l'inverse du droit suisse, distingue au contraire deux procédés de liquidation officielle : l'administration successorale et la faillite.

L'administration successorale (*Nachlassverwaltung*) peut être prononcée lorsque l'hérédité n'est pas insolvable (5). L'administrateur désigné par le tribunal de la succession est chargé de gérer les biens indivis et d'en

1. Art. 593, al. 2.

2. Art. 595. Les immeubles successoraux sont vendus aux enchères publiques à moins que les cohéritiers soient d'accord pour exiger la vente de gré à gré. Cette restriction est assez peu justifiable (Rosel et Mentha, *op. cit.*, I, p. 655).

3. Art. 573.

4. Voir également art. 5, 19 et 30 de la loi suédoise du 19 septembre 1862 (Raoul de la Grasserie, *Passif des successions*, p. 62). Remarquons qu'en droit suisse comme en droit suédois la faillite est applicable aussi bien aux non-commerçants qu'aux commerçants.

5. Elle peut être réclamée par l'héritier qui se désintéresse de la liquidation ou par le créancier qui se défie des cohéritiers (§ 1981 du B. G. B.).

acquitter les charges (1). Notons bien que cette administration embrasse la succession globale et non la quote-part d'hérédité de sorte qu'elle ne peut être demandée que par tous les cosuccesseurs (2). Mais elle ne peut être réclamée qu'avant le partage car c'est précisément le désir du législateur allemand que la succession soit liquidée avant d'être répartie.

Quant à la faillite, elle peut être demandée par les créanciers mais aussi par l'héritier qui, pour ce faire, n'a pas besoin de prendre parti et peut la réclamer sans qu'il lui soit imparti de délai (3). Au cas de pluralité d'héritiers, le tribunal de la succession pourra, dans l'hypothèse d'une insolvabilité notoire de la succession (4), prononcer la faillite de l'hérédité sur requête d'un seul héritier et, dans ce cas, la faillite s'étendra à l'hérédité toute entière (5).

Notons encore que, en droit allemand, les effets de la faillite de la succession sont les mêmes que ceux de la faillite avant décès et que le § 230 de la *K. O.* ne fait que déduire une conséquence logique des principes germaniques en décidant que l'obtention d'un concordat est subordonnée à l'assentiment de tous les cohéritiers (6).

1. § 1984 et 1985 du *B. G. B.*

2. § 2062 du *B. G. B.*

3. § 217 de la *K. O.*

4. Dernburg, *B. G. B.*, § 132, p. 171 ; Böhm, *Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten*, p. 69. Comp. Wolff, *Komm. zur Konkursordnung*, sur le § 217.

5. § 235 de la *K. O.* Voir, à ce sujet, Percerou, *op. cit.*, p. 866, note 1.

6. Le concordat ne peut être imposé à un cohéritier qui refuse d'y consentir.

2° La liquidation du passif dans les législations anglo-saxonnes repose sur des principes assez différents.

Nous avons vu que les législations anglo-saxonnes (1) ne connaissent qu'une succession à l'actif net (2). Lorsqu'une succession vient à s'ouvrir, elle est remise à un administrateur chargé de liquider les dettes et de distribuer le reliquat d'actif disponible.

Le droit anglais primitif (3) ne connaissait qu'une responsabilité personnelle et divisée pour la succession mobilière (4). Il ignorait toute responsabilité sur les immeubles sauf une responsabilité *intra vires* lorsque le défunt qui voulait avantager certains de ses créanciers avait ordonné par acte scellé (*deed, contract under seal, specialty*) que l'exécution de certaines de ses obligations pourrait être poursuivie sur ses héritages. Les biens qui formaient ainsi le gage des créanciers héréditaires étaient les *assets* (du mot français *assez*) (5).

Cependant il arrivait fréquemment que le défunt avait pris le soin de désigner un exécuteur testamentaire chargé de liquider régulièrement ses dettes au moyen du patri-

1. Pour le droit des Etats-Unis, voir Pellerin « *Des successions des Français décédés en France laissant des biens aux États-Unis* », *Journal Clunet*, 1914, p. 59. Voir également l'institution originale de l'*albacea* dans le Code civil mexicain (art. 3707) où l'administration est absolument libre sauf en ce qui concerne les actes d'aliénation importants qui ne peuvent être effectués qu'avec le consentement de tous les cohéritiers (Roguin, *op cit*, n° 1854 ; Raoul de la Grasserie, *op. cit.*, p. 222).

2. Westlake, *Traité de droit international privé*, traduction française de la 5^e éd., p. 134.

3. Walker and Elgood, *A compendium of the law relative to executors and administrators*, 4^e éd. ; Fornas, *op. cit*

4. Glanville, *op. cit*, livre VII, ch. VIII ; Bracton, *op. cit.*, 61 s.

5. Williams, *Principles of the law of real property*, p. 80.

moine qu'il laissait à son décès et conformément à la règle : *equality is equity*. Dans ce cas, les *assets* prenaient le nom d'*equitable assets*.

L'évolution historique eut pour but d'améliorer progressivement cette procédure de liquidation dans le sens d'une égalité toujours plus grande entre les créanciers (1) jusqu'au moment où le *Land Transfer Act* de 1892 vint supprimer à cet égard toute distinction entre la succession mobilière et la succession immobilière.

Désormais, la succession du défunt doit être gérée par un exécuteur testamentaire désigné par le défunt ou, à défaut, par un administrateur nommé par la *Probate Division* de la Haute Cour de Justice (2).

C'est cet administrateur qui a la saisine et qui seul, par conséquent, peut être poursuivi par les créanciers (3). Il est responsable envers les cohéritiers comme un simple gérant d'affaires en ce qui concerne les meubles mais comme un véritable *trustee* à l'égard des immeubles (4). Son administration, lorsqu'elle n'est pas tenue de se conformer aux volontés du défunt, est absolument libre même à l'égard des immeubles (5) mais elle est étroitement surveillée à la fois par la *Court of Probate* et par les cohéri-

1. Statuts de 1807 (47, Georg., 3c, 7, 4) et de 1869 (32 et 33, Vict, 46)

2. Fornas, *op. cit.*, p. 32 à 49. Pour les Etats-Unis, voir l'institution du *judge of probate, surrogate* dans Parsons, *Law of Business*, 1901.

3. Robbins, *The devolution of real estate*, p. 507 ; Sidney Williams, *A concise treatise in the law relating to legal representatives*, p. 155 s.

4. Act de 1897, sect. 2, § 1

5. En ce qui concerne la question des baux, de l'administration du fonds de commerce, voir Fornas, *op. cit.*, p. 69 s.

tiers qui, dans certains cas, peuvent provoquer la désignation d'un *receiver* qui remplira en fait les fonctions de l'administrateur de sorte que ce dernier ne conservera plus qu'un titre nominal (1). L'administrateur doit payer par préférence les frais funéraires et d'ouverture de testament (2); il doit acquitter ensuite les créances privilégiées et, au cas d'insuffisance d'actif, il règle les créanciers chirographaires au marc le franc. Au cas où, après extinction complète du passif, il reste un reliquat d'actif, l'administrateur exécutera les legs et ce n'est qu'ensuite qu'il répartira le reste des valeurs héréditaires entre les cosuccesseurs, soit conformément aux volontés du défunt (3), soit conformément à la loi, mais toujours sous sa responsabilité (4).

Signalons enfin que, lorsque l'inventaire dressé par l'administrateur établit que la succession est insolvable, elle est mise en faillite et liquidée conformément au droit commun de la *Bankruptcy* (5).

1. Fornas, *op. cit.*, p. 125 s.

2. Elgood et Walker, *op. cit.*, p. 205.

3. Elgood et Walker, p. 210.

4. Si le partage ne comprend pas tous les successibles, ceux qui ont été allottis ne peuvent être inquiétés. Mais l'administrateur est responsable sur ses biens personnels à l'égard des cohéritiers omis (Elgood et Walker, p. 215).

5. Bankruptcy Act du 25 août 1883, I, § 25; Joshua Williams, *Principles of the law of real property*, p. 83; Lyon-Caen, *La loi anglaise sur la faillite*, p. 281.

APPENDICE A

DE LA NOTION DE DETTE SUCCESSORALE ET DES RAPPORTS DES
CRÉANCIERS SUCCESSORAUX AVEC LES CRÉANCIERS PERSONNELS
DES COHÉRITIERS.

Nous venons d'étudier le régime des dettes successorales au cas de pluralité d'héritiers. Il convient d'examiner à ce sujet ce que l'on entend exactement par une dette successorale. En effet un cohéritier peut être responsable pour trois catégories de dettes bien distinctes : celles qui existent envers les créanciers du défunt, celles dont il est tenu envers ses créanciers personnels et enfin celles qu'il a assumées pendant la durée de l'indivision et dans l'intérêt de la communauté héréditaire. C'est la distinction du passif héréditaire, du passif personnel et du passif commun. Ce dernier comprend, nous l'avons vu, les dettes qui sont nées pendant la durée de l'indivision et à propos de l'indivision héréditaire. Ces dettes doivent-elles être considérées comme des dettes personnelles des cohéritiers ou traitées, au contraire, comme de véritables dettes héréditaires ?

L'on estime assez généralement que le passif successoral englobe non seulement les dettes qui existaient au jour du décès, mais encore celles qui peuvent être considérées comme ayant été contractées après décès, mais en considération de la personne du défunt, telles que les frais de funérailles, d'ouverture de testament et d'inventaire (1).

1. Art. 2101 du Code civil; Art. 2416 du Code portugais, § 1960 et 2260 du *B. G. B. Comp. Trib. Seine* du 14 mars 1904, *Le Droit*, 23 juin 1904. La séparation des patrimoines ne peut être demandée

Il en est de même pour les charges de la succession qui incombent également à tous les cohéritiers (1).

Mais le passif successoral ne peut-il pas s'accroître pendant l'indivision des dettes qui sont nées pendant la durée de la communauté et à l'occasion du fonctionnement de cette communauté ? Ces dettes peuvent être nombreuses. Ce peuvent être des dettes contractées par les cohéritiers pour les besoins de l'administration ou au sujet d'actes d'aliénation collectifs et nécessaires. Mais ce peuvent être également des dettes extra-contractuelles se rattachant à des quasi délits ou à des faits d'enrichissement sans cause. Notons bien, d'ailleurs, que ces dettes d'origine diverse peuvent se rattacher à l'activité de tous les cohéritiers ou de l'un d'eux seulement (2).

L'on reconnaît, au point de vue logique, que ces dettes dont nous venons de parler doivent être assimilées à des dettes successorales. La faillite ne connaît-elle pas des créanciers de la masse qui sont au moins aussi bien traités que les créanciers dans la masse puisqu'ils leur sont

contre ces créanciers qui peuvent invoquer l'article 2101, l'article 2102, n° 3 et l'article 2103, nos 4 et 5 de notre Code civil (Dufresne, *Sép. des Patr.*, n° 40).

1. Voir pour les legs l'article 1017 de notre Code civil et le § 1907 du *B. G. B.* ; Cosack, *op. cit.*, II, § 404, rem. 10 ; Kress, *op. cit.*, p. 77. Comp. Binder, *op. cit.*, III, p. 298.

2. L'on admet en Allemagne qu'un cohéritier peut, par un acte d'administration, obliger personnellement la succession (Binder, *op. cit.*, p. 72). Dans des circonstances analogues, nous appliquons, en France, la notion de gestion d'affaires (Paris, 1^{er} fév. 1910 sous Cass., S. 1912. I. 303) ou tout au moins celle d'enrichissement sans cause qui entraîne l'action directe du tiers contre la succession. En ce sens, voir Cass. 20 déc. 1900, S. 1912. I. 303 et note Naquet et D. 1914. I. 377 note Planiol. Comp. Douai, 9 avril 1900, D. 1901. II. 1 et note Poncet,

généralement préférés (1) ? Il n'y a là, semble-t-il, qu'une règle de droit naturel qui devrait être appliquée à toutes les liquidations des patrimoines doués d'une certaine vie organique et qui exige, au point de vue du classement des créances, que celui des créanciers qui a conservé le gage commun doit être préféré aux autres.

Aussi bien les législations germaniques qui ont construit l'hérédité sur la notion de patrimoine autonome, si elles ne sont pas allées jusqu'à traiter les créanciers de la masse comme des créanciers successoraux privilégiés, n'ont pas hésité à incorporer le passif commun au passif héréditaire (2). Le Code civil allemand reconnaît, à ce sujet, que la dette contractée pour les besoins de l'administration de l'hérédité est une dette successorale à condition qu'elle ait été consentie par tous les cohéritiers. Quant au cohéritier qui a contracté la dette isolément, il en reste tenu personnellement mais il peut en obtenir le remboursement de ses consorts par un prélèvement avant partage conformément aux § 756 et 2042 al. 2 du *B. G. B.* (3).

En ce qui concerne notre droit français, il faut bien reconnaître que, à part quelques dispositions spéciales relatives aux obligations indivisibles (4), cette incorporation du passif commun au passif successoral se heurte à la désastreuse influence de la tradition romaine relative

1. Thaller, *Traité de droit commercial*, n° 1700.

2. Kress, *op. cit.*, p. 20, 25 et 153 ; Strohal, *op. cit.*, II, p. 181. § 2007 du projet de code civil hongrois.

3. Borchardt, *Haftung der Erben für die Nachlassverbindlichkeiten* (*Archiv für die civ. Praxis*, volume 94, p. 197 s.).

4. Voir cependant, à l'égard de l'obligation de garantie, Aubry et Rau, *op. cit.*, V, § 355, notes 8 à 12.

aux obligations conjointes. Les obligations contractées par les cohéritiers pour le compte du patrimoine commun s'analysent en une série d'obligations contractées par une pluralité d'individus pour le compte de leurs patrimoines personnels respectifs. Elles ne constituent, à aucun titre, des dettes successorales (1). Dès lors, le principe de la division des dettes s'applique sans réserve (2), même en matière commerciale (3).

Cette solution est tellement injuste que l'Etat a pris le soin de la repousser en ce qui le concerne lorsqu'il a établi une solidarité entre les cohéritiers pour les dettes d'enregistrement et de mutation à cause de mort (4). Notons également que les notaires ont su obtenir des tribunaux l'autorisation de prélever leurs frais sur la masse indivise avant la partage (5):

Au surplus, il est juste de reconnaître que notre jurisprudence ne s'est pas complètement désintéressée du sort des créanciers de la communauté d'héritiers. Elle a

1. Trib. civ. Seine, 8 juillet 1884 (*Rép. enregistrement*, 1904, 628).

2. Aubry et Rau, § 298 *ter* et note 11; Demogue, *Rev. trim.*, 1906, p. 164. Trib. Seine, 12 janv. 1901, *La Loi*, 9 mars 1901; Paris, 16 nov. 1911, S. 1912. 5. 3; Cour Sup. Luxembourgeoise, 15 mars 1912, *Pasicrisie Luxembourgeoise*, 1912. 338.

Toutefois il s'agit ici de dettes conjointes et non de dettes héréditaires de sorte que la division des dettes s'effectuera par parts viriles et non par parts héréditaires (Bourges, 11 déc. 1830, S. 1831. 2. 205).

3. Trib. com. Lyon, 13 oct. 1905, *Gazette judiciaire et commerciale de Lyon*, 6 janv. 1906.

4. Art. 32 de la loi du 22 frimaire an VII. Trib. civ. Seine, 3 mars 1906, *Rép. Enregist.*, 1906, 619. Voir également en Italie Cass. Rome, 22 juin 1904. *Foro* 1904. 1. 841.

5. Cass. 21 juillet 1856, D. 1856. 4. 316; Alger, 26 août 1905, *Journal des Trib. alg.*, 8 nov. 1905. Il en est autrement quand les frais ont été inutiles; Rennes, 19 mars 1908, D. 1908. 2. 205.

prononcé quelquefois à leur profit une condamnation solidaire contre les cohéritiers en invoquant l'équité ou simplement la nécessité de consolider le crédit des cosuccesseurs (1). Mais elle a généralement préféré recourir à la notion d'indivisibilité *solutione tantum* de l'article 1221-5° et justifier l'indivisibilité qu'elle imposait aux cohéritiers par la prétendue nécessité d'une certaine correspondance entre les deux obligations corrélatives d'un contrat synallagmatique (2). C'est ainsi que là où l'une des obligations est indivisible, par exemple s'il s'agit de travaux de construction ou de réparation effectués sur le fonds commun, il peut sembler d'une juste réciprocité que la dette correspondante le soit également (3). Reconnaissons d'ailleurs que la Cour de Cassation a fait justice de ces considérations d'équité extrajuridique et que celles-ci semblent aujourd'hui abandonnées (4). Elle a rejeté également une autre théorie qui prétendait fonder la solidarité entre cohéritiers sur la communauté d'habitation et qui affirmait qu'il était impossible de déterminer dans quelle proportion chacun des ayants droit avaient profité de la prestation effectuée par le créancier commun (5).

1. Orléans, 3 avril 1851, S. 1851. 2. 202; Montpellier, 20 avril 1896 sous Cass. S. 1905. 4. 510; Montpellier, 1^{er} juillet 1901, S. 1905. 4. 510.

2. Boistel, *De l'indivisibilité solutione*, *Rev. hist.*, 1869, XIV, p. 146; Aubry et Rau, § 304, notes 37 et 41; Baudry-Lacantinerie et Barde, *op. cit.*, II, n° 1328. Comp. Huc, *op. cit.*, VII, n° 357.

3. Orléans, 3 avril 1851, S. 1851. II. 202.

4. Cass. 15 déc. 1880, D. 1881. 4. 37; Cass. 22 fév. 1882, D. 1882. 1. 396; Trib. civ. Seine, 11 fév. 1909, *Gaz. Trib.*, 1909. II. 212.

5. Cass. 8 janv. 1906, D. 1908. V. 36. Comp. Trib. paix Dunkerque, 10 janv. 1904, D. 1903. II. 305; Trib. Seine, 17 juin 1910, *Gaz. Trib.*, 1910. II. 79.

A la vérité, il semble qu'actuellement une distinction s'impose.

En ce qui concerne les obligations délictuelles ou quasi délictuelles, l'on peut admettre une certaine solidarité entre les cohéritiers par application de la jurisprudence relative à la responsabilité solidaire des coauteurs d'un dommage (1). Il est évident, en effet, que si un dommage est causé à un tiers par un objet héréditaire, il est impossible de déterminer la part respective qui incombe à chaque communiste dans la réparation du dommage causé. Au contraire, en ce qui concerne les obligations contractuelles, la solidarité ne doit pouvoir être prononcée entre les cohéritiers, conformément à l'art. 2002 du Code civil, que lorsqu'il est possible de considérer le créancier comme un mandataire des cosuccesseurs (2). Dans tous les autres cas, l'obligation naît conjointe et divisée.

Remarquons enfin qu'en droit français dans les cas exceptionnels où l'on admet la solidarité entre cohéritiers pour une dette née pendant la durée de l'indivision, cette dette reste une obligation personnelle des cohéritiers et n'acquiert pas le caractère successoral de sorte que le créancier commun ne peut invoquer à son profit le privilège de la séparation des patrimoines.

Il nous reste à indiquer sommairement quel est l'inté-

1. Cass. 24 avril 1865, S. 1865. I. 220; Cass. 12 mai 1909, D. 1911. I. 209; Lyon, 20 déc. 1907, S. 1908. I. 173; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, II, n° 1802. Voir aussi le § 113 de l'ancien Code de Zurich.

2. Cass. 11 fév. 1834, S. 1834. I. 713; Aix, 12 avril 1905, *Jur. civ. Marseille*, 1905. 245. Mais, même dans ce cas, la Cour de Cassation est radicalement hostile à la reconnaissance de la solidarité, Cass. 8 juin 1915, D. 1920. I. 402 et les renvois.

rêt de cette distinction du passif successoral et du passif personnel des cohéritiers.

Remarquons tout d'abord que cette distinction est toute naturelle dans les législations qui consacrent le principe de la succession aux biens car, dans ces législations, le caractère patrimonial de l'hérédité a précisément pour but d'assurer aux créanciers du défunt un droit de préférence sur les cohéritiers et leurs créanciers personnels. Mais elle devait être ignorée des législations latines où l'on prétend que la continuation de la personne se traduit par une absorption automatique du patrimoine du *de cujus* dans celui des cosuccesseurs (1).

Ce serait cependant une erreur de croire que, même dans les législations latines, les créanciers successoraux sont assimilés aux créanciers personnels des cohéritiers. L'on sait, en effet, que ces derniers seuls peuvent, du chef de leur débiteur, prétendre bénéficier des rapports (2) et que seuls ils ont le droit de s'opposer au partage ou de le provoquer (3). Par contre, les créanciers successoraux trouvent dans la séparation des patrimoines, principale ou accessoire à une acceptation bénéficiaire, sinon une rescision de l'acceptation, tout au moins un véritable droit de préférence à l'encontre des créanciers personnels. Remarquons, en outre, que la jurisprudence, en reconnaissant aux créanciers du défunt le droit de poursuivre les biens indivis jusqu'au partage malgré la division des dettes, a consacré la notion d'un passif successoral autonome qui a fini par triompher du principe de la continuation de la

1. Percerou, *op. cit.*, p. 812.

2. Art. 857 du C. civ.

3. Art. 2205 C. civ. ; Orléans, 20 juillet 1888, D. 1890. 2. 35. Comp. Besançon, 1^{er} avril 1863, D. 1863. II. 93.

personne par une extension significative de l'esprit de la législation des sociétés (1).

APPENDICE B

DE LA SITUATION DU COHÉRITIER CRÉANCIER DE L'HÉRÉDITÉ

Parmi les divers créanciers de l'hérédité, il en est un qui jouit d'une situation juridique particulière ; c'est le cohéritier. En effet, un cohéritier peut être créancier de l'hérédité à des titres divers. Comment se concilieront ses deux qualités de successeur et de créancier ?

Nous avons eu déjà l'occasion d'examiner le problème. Il convient d'en rappeler sommairement les résultats en étudiant séparément les solutions qu'il a reçues dans les législations latines et dans les législations germaniques.

I. Dans les législations romano-classiques telles que celle de notre Code civil, l'on admet, en principe, que le cohéritier créancier doit être traité comme un créancier successoral ordinaire. Il s'ensuit que sa situation doit être profondément modifiée suivant qu'il accepte purement et simplement ou bénéficiairement.

Dans le premier cas, il devient créancier personnel de chacun de ses consorts pour la part dont ces derniers sont tenus dans la dette en même temps qu'il se produit une confusion partielle entre sa créance et sa part dans la dette (2). Si, au contraire, il n'accepte que bénéficiairement, cette confusion ne se produit pas et le cohéritier

1. Gény, *Pand. franç.*, 1893. 1. 434 ; Mangin, *Rev. crit.*, 1890, p. 702.

2. Aubry et Rau, § 330, note 6.

créancier conserve d'une façon générale les prérogatives des créanciers ordinaires (1).

Il y a lieu toutefois de remarquer que ce principe de l'assimilation du cohéritier aux créanciers ordinaires souffre deux dérogations importantes. La première est relative à la nature des créances successorales du cohéritier, la seconde au mécanisme de leur règlement.

En ce qui concerne la nature des créances que le cohéritier peut posséder contre l'hérédité, il faut observer que ces créances ne se limitent pas exclusivement aux seules créances qu'il avait contre le défunt. Alors que nous avons vu que les obligations nées à l'occasion de l'indivision pendant la communauté étaient traitées comme des éléments du passif personnel des cohéritiers, elles sont, au contraire, assimilées à des obligations successorales lorsqu'elles existent au profit de l'un des cohéritiers (2).

En ce qui concerne le règlement de la créance du cohéritier sur la masse, il est totalement différent de celui de la créance appartenant à un créancier ordinaire de la succession. Il y a lieu de distinguer, à ce sujet, suivant qu'il s'effectue avant ou après partage.

Antérieurement au partage, nous avons vu que le créancier ordinaire peut poursuivre l'exécution de sa

1. Aubry et Rau, § 330, note 44 ; note Dalmbert, sous S. 4913. II. 249.

2. Poncet, note sous D. 4885. 2. 25 ; De Loynes, note sous D. 4893. 1. 5 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, n° 2895 ; Kohler, *Zeitschrift für franz. Zivilrecht*, vol. XVIII, p. 330 et s.

Mais, pour qu'il en soit ainsi, il faut que la créance du cohéritier ait sa source dans l'indivision.

C'est ainsi que si le cohéritier est créancier de son consort à titre personnel, il ne pourra le contraindre à subir le prélèvement. Paris, 11 mai 1911, D. 1912. II. 445

créance sur la totalité de la masse indivise, sans être arrêté par la division des dettes. Au contraire, le cohéritier créancier ne peut demander à ses consorts le paiement de sa créance ; il ne peut qu'en opposer la compensation avec les dettes dont il serait redevable à leur égard — ce qui présente un intérêt particulier lorsque le cohéritier créancier est débiteur d'un rapport. Mais, dans ce cas, le règlement apparaît comme un procédé de liquidation particulier qui participe de la nature déclarative du partage puisqu'il rétroagit au jour du décès de l'auteur commun (1).

Sous la réserve de cette exception, le cohéritier créancier est moins bien traité pendant la durée de l'indivision que les créanciers ordinaires de la succession puisqu'il ne peut demander à ses consorts l'exécution de leur obligation.

Au jour du partage, au contraire, le cohéritier est mieux traité que les créanciers ordinaires car il possède, dans le droit de prélèvement, la faculté de se payer directement sur l'actif disponible. Alors que le droit français a omis d'organiser une procédure de liquidation du passif héréditaire pour les créanciers ordinaires, il prévoit une procédure particulière de règlement des créances du cohéritier. Le prélèvement aboutit donc, en réalité, à consacrer au jour du partage, au profit de ce dernier, un véritable privilège, non seulement vis-à-vis des créanciers personnels de ses consorts, mais encore vis-à-vis des créanciers successoraux (2). L'on peut douter de l'équité d'un tel

1. Voir *supra* et Aubry et Rau § 635 et note 3 *bis*.

2. Labbé, note sous S 4888. I. 5 ; Aubry et Rau, § 627, note 6 ; Gazin, *op. cit.*, p. 182.

procédé (1) mais l'on est obligé de reconnaître qu'il a été formellement sanctionné par notre jurisprudence (2).

II. Dans le droit germanique et en particulier en droit allemand, la notion de l'hérédité patrimoine propre, entraîne cette conséquence qu'il ne peut se produire aucune confusion entre la part de responsabilité du cohéritier dans le passif héréditaire et la créance qu'il possède contre la succession. Dans ces conditions, le cohéritier créancier jouit des mêmes prérogatives qu'un créancier ordinaire ; en tant que créancier, il n'est qu'un tiers vis-à-vis de la succession (3).

En premier lieu, ses droits ne sont pas inférieurs à ceux d'un créancier ordinaire. Il n'est nullement obligé, ainsi qu'on l'a quelquefois prétendu, de liquider les obligations successorales qui lui incombent (4) avant de pouvoir exiger le paiement de sa créance. Remarquons d'ailleurs qu'il peut exiger ce paiement pour le tout puisqu'aucune confusion ne se produit en sa personne (5).

Par contre, ses droits ne sont pas supérieurs à ceux d'un créancier ordinaire. Il ne peut, en particulier, exercer aucun droit de rétention sur les objets successoraux (6) et ne jouit d'aucun privilège spécial sauf en ce qui con-

1. Notamment lorsque le cohéritier débiteur du rapport est insolvable. Sourdois, *op. cit.*, n° 69; Note Tissier sous S. 1894. I. 177.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, III, p. 586.

3. Binder, *op. cit.*, III, p. 341; Rich. Heinrich, *Der Miterbe als Nachlassgläubiger nach dem B. G. B.*, In Diss., Munich, 1910.

4. Schröder, *Kann ein Miterber vor der Auseinandersetzung des Nachlasses auf Zahlung einer ihm aus dem Nachlasse gehörende Forderung Klagen* (Seuff. Bl., vol. LXX, p. 343).

5. Binder, *op. cit.*, III, p. 341; Kress, *op. cit.*, p. 103. Comp. Planck, remarques sur le § 2058.

6. Kress, *op. cit.*, p. 118.

cerne les frais qu'il aurait pu exposer dans l'intérêt de l'hérédité et qui sont considérés comme des créances sur la masse et privilégiées, à ce titre, conformément au droit commun du § 57 de la *K. O.*

A la vérité, le cohéritier créancier allemand ne voit sa situation de créancier modifiée qu'au seul point de vue du § 1973, puisque la procédure de sommation publique ne lui est pas applicable et du § 2063, al. 2, qui autorise ses consorts à lui opposer le bénéfice de limitation de responsabilité alors même qu'ils seraient tenus *ultra vires* envers les autres créanciers de la succession.

APPENDICE C

DES RAPPORTS ENTRE COHÉRITIERS A L'OCCASION DU PASSIF HÉRÉDITAIRE.

La liquidation du passif héréditaire est susceptible de faire naître entre les divers successeurs des rapports juridiques dont il convient de ne rappeler ici que les principes essentiels en distinguant les rapports antérieurs ou postérieurs au paiement du créancier commun.

Les rapports qui peuvent exister entre les cohéritiers au sujet du paiement éventuel d'une dette héréditaire s'expliquent par ce fait que ce paiement peut apparaître comme un acte de bonne administration.

Dans ces conditions, il y a lieu de rechercher si un cohéritier peut contraindre directement ou indirectement ses consorts à liquider les dettes successorales avant de procéder au partage de l'actif.

Cette faculté est reconnue au cohéritier par la plupart

des législations. C'est ainsi que le § 2045 du *B. G. B.* l'autorise à demander que le partage soit différé jusqu'à la clôture de la procédure de sommation publique aux créanciers (1). De nombreuses législations prévoient qu'il peut exiger de faire reculer le partage jusqu'au moment où les dettes importantes, telles que les dettes hypothécaires, auront été acquittées (2). Notre Code civil, lui-même, dans son article 826, décide que la majorité des cohéritiers peut contraindre la minorité à vendre le mobilier héréditaire pour liquider les dettes successorales (3).

Ainsi donc, les cohéritiers ne sont pas pleinement indépendants au sujet de l'attitude qu'ils peuvent prendre vis-à-vis des créanciers successoraux. Nous aurons l'occasion d'étudier les conséquences de cette idée sur le terrain procédural. Qu'il nous suffise de rappeler ici qu'un cosuccesseur ne peut acquérir une créance successorale à un prix inférieur à sa valeur nominale sans en rapporter le profit à la masse et que toutes les opérations de spéculation auxquelles il pourrait se livrer à ce sujet sont rendues singulièrement précaires du fait de l'existence des dispositions légales qui autorisent le retrait litigieux.

Supposons maintenant que la créance successorale ait été réglée par les cohéritiers. La dette doit être répartie entre eux proportionnellement à leur part héréditaire. C'est à cette règle très simple que correspond la notion de contribution aux dettes (4).

1. Voir aussi art. 580 du Code fédéral suisse et Roguin, *op. cit.*, V, n° 2959.

2. Lebrun, *Succ.*, livre IV, ch. II, sect. I, n° 47 ; art. 967 de l'ancien Code civil de Zurich et § 2027 du projet de Code civil hongrois.

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, 5^e édit., X, p. 475 et 476.

4. Aubry et Rau, *op. cit.*, 637.

Celle-ci repose elle-même sur ce concept de justice élémentaire que celui qui recueille une fraction d'une universalité juridique doit en acquitter les charges.

Le fondement de la contribution aux dettes présente donc un caractère exclusivement patrimonial alors que nous avons vu que l'obligation aux dettes avait un caractère essentiellement personnel. Cette différence nous permet de comprendre qu'un cessionnaire de droits successifs, qu'un légataire de quote-part d'hérédité qui ne sont jamais tenus personnellement envers les créanciers successoraux doivent cependant contribuer au paiement des dettes qui grevaient le patrimoine héréditaire. Il en résulte également que tandis que les règles de l'obligation aux dettes sont des règles légales auxquelles les cohéritiers ou le défunt ne peuvent déroger, ces derniers sont libres de régler à leur volonté les bases de la contribution aux dettes (1).

Ce principe contributoire est fort ancien. Notre ancien droit l'avait recueilli dans le droit romain, mais il l'avait altéré par suite de considérations nobiliaires tenant au respect du domaine et du droit d'ainesse et surtout par l'effet du préjugé tenace *meubles sont le siège des dettes*, qui pendant fort longtemps fit retomber la charge du passif héréditaire sur la portion mobilière de l'hérédité.

1. Le testateur peut mettre la dette à la charge d'un cohéritier et lui interdire tout recours contre les autres, Douai, 2 fév. 1850, S. 1851. II. 152; Cf. Pierron, *op. cit.*, p. 17. Les conventions qui mettent le passif à la charge d'un seul des cosuccesseurs sont favorisées par la jurisprudence qui ne les soumet pas au droit de soulte en y voyant moins un partage avec soulte qu'une convention de liquidation du passif. Cass. 6 novembre 1894, S. 1895. I. 89; Comp. Cass. 28 fév. 1900, S. 1904. I. 149 et, au point de vue de l'enregistrement, Championnière et Rigaud, *op. cit.*, n° 2681.

Nos anciennes coutumes présentaient, sur ce point, une très grande diversité sur laquelle nous ne voulons pas insister (1). Qu'il nous suffise de constater que, de nos jours, la règle contributive apparaît comme une application particulière du principe de l'égalité successorale qui a été dégagé par notre droit révolutionnaire.

La contribution se traduira en fait par un recours du cohéritier *solvens* contre ses consorts, recours qui se divise proportionnellement à la part de chacun des cosuccesseurs même s'il s'agit d'une matière hypothécaire (2). Elle s'exerce par voie d'action de gestion d'affaires ou par l'action de subrogation. Rappelons, d'ailleurs, pour terminer, que le recours est garanti d'une façon très efficace avant le partage si l'on admet que le cohéritier qui a payé le créancier commun peut se rembourser de ses avances en imposant à ses consorts le rapport en moins prenant (3) ou en invoquant le privilège de l'article 2103 du Code civil (4).

1. Voir à ce sujet Raffalli, *De la contribution aux dettes héréditaires*, thèse Paris, 1907.

2. Art. 873 du Code civil. Cette disposition s'explique moins par l'idée de garantie que par celle d'*affectus fraternitatis* qui doit inspirer les rapports entre héritiers. En ce sens Garraud, *Du paiement des dettes héréditaires*, p. 421.

3. Tissier, note sous S. 1893. I. 429; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, n° 2984; Cass. 8 mai 1867, D. 1867. I. 309; Limoges, 7 déc. 1900, D. 1902. II. 369; Comp. Cass. 7 juillet 1892, S. 1893. I. 429 et De Loynes, note sous D. 1891. I. 5. Voir aussi Caen, 16 avril 1914, S. 1915. I. 43.

4. Troplong, *Priv. et Hyp.*, I, n° 239; Cass. 2 avril 1839, S. 1839. I. 385; Comp. Grenier, *Hyp.*, II, n° 399; Duranton, *op. cit.*, t. XIX, nos 187 et 188.

CHAPITRE IV

Les rapports de procédure.

SECTION A. — LA TRADITION CLASSIQUE DE L'ORGANISATION INDIVIDUALISTE DES RAPPORTS DE PROCÉDURE ENTRE HÉRITIERS.

Il semble que, dans les législations modernes, l'action n'étant que l'aspect procédural du droit subjectif, le cohéritier peut agir ou être poursuivi en justice dans la mesure de la part qui lui incombe dans les rapports juridiques du défunt. Cette solution très claire et très naturelle est celle que la tradition classique a recueillie dans le droit romain. Elle implique cette conséquence que, malgré la similitude de leurs intérêts, les cohéritiers doivent être considérés comme des personnalités indépendantes dont l'action procédurale est rigoureusement autonome parce qu'elle peut être inspirée par des mobiles absolument différents (1). Chaque héritier peut agir ou être poursuivi pour la part dont il est saisi dans le droit litigieux et il n'y a aucun principe de représentation quelconque entre les divers successeurs (2).

1. Naquet, note sous Cass. 1906, S. 1906. I. 265 ; Hayem, *Sociétés civiles*, p. 153.

2. Cass. 24 avril 1918, S. 1918. I. 162 ; Cass. 27 nov. 1918, *Gazette du Palais*, 20 fév. 1919 ; Nancy, 28 juillet 1891 (*Journal du Palais*, 1891, II, 552) ; Goubéaux, *op. cit.*, p. 307 ; Laurent, IX, n° 506 ; Bourguignat, note sous S. 1879. I. 17 ; Ramponi, *op. cit.*, II^e partie, ch. I^{er}, sect. 354.

De ce que l'action en justice est limitée à la part du cohéritier dans le rapport de droit, il résulte que c'est à la valeur de cette part que doit être fixé le taux de la demande, ce qui entraîne une série de conséquences importantes en ce qui concerne la détermination du tribunal compétent et l'admissibilité d'un second degré de juridiction (1). Ces conséquences semblent d'ailleurs avoir été consacrées par les articles 8 et 9 de la loi du 12 juillet 1905 sur la compétence des juges de paix. De ce que l'action en justice déclanchée par ou contre le cohéritier est autonome, il résulte que cette action est indépendante de toute considération de représentation mutuelle entre les cosuccesseurs.

Reconnaissons cependant que notre ancien droit, inspiré par des souvenirs de l'antique solidarité familiale, paraît avoir admis, dans certains cas, que les cohéritiers pouvaient profiter des avantages de procédure réalisés par l'un d'eux. L'on retrouve des traces de cette tendance dans les coutumes (2) et même dans les ordonnances royales (3). Mais elle fut violemment combattue par les juriscultes au nom des principes romanistes (4) et ceux-ci

1. Cass. 18 fév. 1901, S. 1901. I. 225 et note Tissier; Cass. 15 mars 1910, S. 1910. I. 352; Cass. 25 juillet 1911; *Bull. civ.*, 1911, p. 249; Cass. 13 nov. 1917, S. 1917. I. 87.

2. Chabrol, sur l'article 268 de la Coutume d'Auvergne; Coutume du Bourbonnais, art. 35; Coutumes du Nivernais, titre 36, art. 5; du Berry, titre 12, art. 13; d'Anjou, art. 435. Sur l'application de la règle : *in individuis minor relevat majorem*, voir Merlin, *Répertoire*, v° Prescription, sect. I, § 7, art. 2, quest. 2, n° 10.

3. Art. 1^{er} du titre 35 de l'ordonnance de 1667 (au sujet de l'indivisibilité de la chose jugée).

4. Merlin, *op. cit.*, v° Tierce opposition, § 3; D'Espiard sur Lebrun, *op. cit.*, IV, ch. I, n° 51; Pothier, *Prescript.*, n° 55.

finirent par triompher. Le principe de non-représentation fut sanctionné expressément par l'ordonnance du 1^{er} mai 1825 (1) et implicitement par certains textes qui, en admettant cette représentation dans quelques hypothèses exceptionnelles, semblent indiquer que leurs dispositions ne sont que des dérogations au principe général (2).

Remarquons, en outre, qu'il a été consacré catégoriquement par certaines législations étrangères (3).

Il résulte de ce principe de non représentation que les cohéritiers doivent être assignés par copie séparée même s'ils ont le même domicile (4), que les nullités (5), l'existence de délais (6), l'établissement des preuves (7), les causes d'interruption ou de suspension de prescription ou de péremption (8) qui ne concerneraient qu'un seul des héritiers restent sans effet à l'égard des autres alors même que la créance serait hypothécaire si, du moins, elle n'est pas indivisible (9).

1. Au sujet de l'indemnité des émigrés, réponse à la 16^e quest. S. 1825. II. 227.

2. Art. 709, 710, 823 et 2249 du Code civil.

3. Art. 1974 Code civ. ; art. 355 Code portugais. Comp. Code civil du Bas Canada, art. 2230, al. 3.

4. Cass. 1^{er} mars 1911, D. 1913. I. 89 et note conforme de M. Duparcq.

5. Cass. 11 fév. 1889, S. 1889. I. 201 ; Cf. Cass. 5 juillet 1852 et 21 juillet 1852, S. 1852. I. 491 et 742.

6. Alger, 20 mars 1905, *Journal des Trib. algériens*, 20 juin 1906.

7. Cass. 22 juin 1830, S. 1830. I. 349. La preuve faite contre l'un des héritiers ne peut être opposée aux autres même comme commencement de preuve par écrit. Cass. 17 nov. 1858, S. 1859. I. 905.

8. Aubry et Rau, § 214, note 40 et § 215, note 61 ; Bufnoir, *Propriété et contrat*, n° 427 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescription*, n° 539. Cass. 14 août 1840, S. 1840. I. 753 ; Pau, 11 mars 1861, D. 1861. 2. 95. Cf. Cass. 23 janv. 1855, D. 1855. I. 116.

9. Art. 2249, al. 2. La prescription à l'égard d'un cohéritier d'un

Le principe de non représentation entraîne également cette conséquence que la chose jugée vis-à-vis de l'un des cosuccesseurs (1) ou l'appel interjeté par lui (2) ne produit aucun effet à l'égard des autres. C'est enfin pour la même raison que la tierce opposition est refusée au cohéritier contre les jugements rendus contre son consort puisque la règle « pas d'intérêt pas d'action » s'oppose à ce qu'un plaideur puisse légitimement émettre la prétention de faire réformer une décision qui ne saurait en rien préjudicier à ses droits (3).

Cette analyse classique de la situation procédurale du cohéritier engendre en fait des conséquences désastreuses. Le principe du fractionnement, en favorisant la multiplication des procès, entraîne l'aggravation abusive des frais de justice et des pertes de temps déplorables pour les juges et pour les parties. D'autre part, la règle de l'indépendance procédurale absolue des cohéritiers risque de déclencher des séries de décisions contradictoires de la part des tribunaux appelés à juger séparément de litiges dont les objets sont cependant rigoureusement identiques (4).

débiteur solidaire n'a d'effet à l'égard des autres que pour la part dont il est tenu (art. 2249, al. 3 du Code civil). Comp. art. 2130 Code civil italien.

1. Aubry et Rau, § 769, note 27. Cass. 23 déc. 1868, S. 1870. 1. 28 et note Carette; Cass. 16 avril 1889, S. 1890. 1. 260; Liège, 21 juin 1905, *Pand. Belges*, n° 945. Cass. Rome, 22 juin 1904, *Giur. it.*, 1904. 1149.

2. Cass. 9 janv. 1905, D. 1905. 1. 221; Glasson Tissier, *op. cit.*, II, n° 971.

3. Glasson Tissier, *op. cit.*, 2, n° 1034. Cass. 12 janv. 1814, S. 1814. 1. 246. Trib. Narbonne, 24 avril 1907, *La Loi*, 7 mai 1907. Trib. Palerme, 14 juil. 1894, *Foro Siciliano*, 1894. 2. 237.

4. Qu'il nous suffise de rappeler à ce sujet la fameuse boutade de

Remarquons d'ailleurs qu'il n'est pas sûr que cette conception si condamnable au point de vue législatif soit une conséquence nécessaire sinon des principes juridiques tout au moins de notre pratique judiciaire traditionnelle.

En effet, le postulat du fractionnement procédural implique la divisibilité de la saisine (1) alors que, nous l'avons vu, le principe de l'indivisibilité de la saisine se rattache à une tradition très solide de notre ancien droit (2). Cette indivisibilité se restreignait, il est vrai, aux seules actions réelles et possessoires alors que les actions personnelles restaient soumises à l'antique loi décemvirale (*nomina ercta sunt*).

En ce qui concerne notre droit positif actuel, si certains auteurs ont voulu généraliser la solution romaniste (3), la plupart des auteurs et notamment Aubry et Rau défendent énergiquement la solution traditionnelle en droit français de l'indivisibilité de la saisine (4). L'on fait valoir en ce sens que l'hérédité est aussi indivisible que le patrimoine d'une personne vivante et qu'au surplus chaque héritier doit pouvoir conserver la totalité de l'hérédité s'il veut conserver ses droits jusqu'au jour du partage (5).

d'Argentré « De deux frères fondés en mêmes droits, titres et cause, l'un perd sa cause, l'autre la gagne » (Luzzatto, *op. cit.*, 2, p. 55).

1. Sur le caractère de la saisine au point de vue procédural, voir Planiol, III, n° 1938.

2. Dumoulin, *Coutume de Paris, Des fiefs*, § 33, Glose 1, n° 89 ; Pothier, *Propriété*, n° 415. C'était déjà l'opinion des Glossateurs. Voir à ce sujet, références citées dans Proud'hon, *De l'usufruit*, II, n° 678. Comp. Lebrun, *Succ.*, III, ch. 4, n° 70.

3. Demolombe, XIII, n° 152 ; Huc, V, n° 260 ; Naquet, note sous S. 1906. 4. 265.

4. Aubry et Rau, § 582 *in fine* et § 609 note 22.

5. Laurent, IX, n° 232 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, I, n° 163 ; Luzzatto, *op. cit.*, II, p. 101.

Cette solution est commandée par le bon sens. Est-il raisonnable, en effet, ainsi que l'exigerait la théorie de la divisibilité absolue des rapports de procédure, de prétendre qu'un même litige est susceptible ou non de plusieurs degrés de juridiction suivant qu'il s'engage avec le créancier ou seulement avec ses héritiers? (1). N'est-ce pas une illusion que d'autoriser chacun de ces derniers à déduire en justice les rapports juridiques du défunt mais pour sa part héréditaire seulement, alors que l'on reconnaît par ailleurs que cette part est absolument indéterminée jusqu'au jour du partage? (2)

Pas plus que le principe du fractionnement, celui de l'autonomie procédurale des cohéritiers ne paraît conforme à notre tradition jurisprudentielle et aux tendances du droit moderne.

Remarquons en premier lieu que, en matière indivisible, il existe une cause naturelle de représentation imparfaite entre cohéritiers dans la mesure où ceux qui sont appelés simultanément à une même succession peuvent profiter des faits de procédure accomplis par l'un d'eux sans que ces mêmes faits puissent leur être opposés (3).

Cette représentation imparfaite en matière d'indivisibilité doit avoir une importance d'autant plus grande qu'il existe, ainsi que nous l'avons vu, une tendance actuelle à fonder les rapports de procédure avec les tiers sur la base de l'indivisibilité. Le droit moderne serait assez disposé à

1. Tissier, note S. 1894. 1. 354; Garsonnet, *op. cit.*, V, § 914, texte et note 7.

2. Montpellier, 2 juin 1888, D. 1889. II. 488; Lyon, 9 janv. 1908, *La Loi*, 1908, p. 437. Trib. Marseille, 13 nov. 1907, *Gaz. Trib.*, 19 mars 1908.

3. Voir à ce sujet art. 709 et 710 Code civil

considérer les cosuccesseurs comme des représentants mutuels pour les diverses mesures de conservation qu'ils effectuent sur les biens indivis dans lesquels ils ne possèdent jusqu'au partage que des prétentions indéterminées et non susceptibles d'être représentées par un rapport fractionnaire exact.

En réalité, l'évolution de l'organisation procédurale de la communauté d'héritiers s'est réalisée par deux procédés techniques très différents dans leur esprit et dans leurs résultats.

L'on chercha, tout d'abord, à assouplir l'organisation individualiste des rapports de procédure par le développement de la notion d'indivisibilité et par l'organisation d'une représentation mutuelle plus ou moins imparfaite des cosuccesseurs.

Plus récemment, l'on songea à substituer au concept ancien celui d'une communauté procédurale qui supprime complètement le libre exercice des actions individuelles par les cohéritiers et reconnaît que la collectivité des cosuccesseurs est le seul sujet possible actif et passif des rapports judiciaires du défunt.

SECTION B. — L'ASSOUPPLISSEMENT DE LA TRADITION CLASSIQUE

§ 1. — *Le développement de la notion d'indivisibilité procédurale.*

I. *Le droit français.* — La théorie classique n'avait sanctionné le principe de l'indivisibilité procédurale que dans les seuls cas où cette indivisibilité était imposée par la nature des choses.

Cependant, notre ancien droit n'hésita pas à étendre le régime de l'indivisibilité au domaine des actions réelles générales ou particulières et finit même par l'introduire dans celui des obligations de droit commun.

En ce qui concerne tout d'abord les actions réelles particulières, l'on sait que la tradition classique impliquait logiquement la divisibilité de l'action en revendication (1). La *rei vindicatio partiaria* est la défense judiciaire de la quote-part indivise de propriété. Cette conception est parfaitement défendable si l'on réduit la revendication à n'être qu'une action par laquelle le demandeur cherche à faire reconnaître son titre de propriétaire (2). Mais, en fait, cette action est toute autre chose qu'une action en reconnaissance de titre, puisqu'elle a pour but principal l'obtention de la possession de l'objet revendiqué (3). Elle apparaît donc ainsi comme la plus importante des actions en restitution, en rétablissement de possession.

Or, la possession matérielle d'une quote-part intellectuelle est, nous l'avons vu, un concept absolument incompréhensible. Il s'en suit que la revendication partiaria ne peut matériellement pas être considérée comme une simple part fractionnaire de la revendication globale (4). L'on en a conclu quelquefois que, jusqu'au jour du partage, le cohéritier n'avait, abstraction faite de la *petitio hereditatis*, aucun droit à mettre en mouvement les actions réelles pétitoires (5).

1. Pothier, *Propriété*, n° 299; Planiol, note sous D. 1907. I. 313.

2. Demolombe, XV, n° 481; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 268.

3. Planiol, I, n° 2.445.

4. Laurent, *Projet de révision du code civil belge*, art. 940, al. 2.

5. Cass. 28 avril 1851, S. 1851. 4. 442; Paris, 10 mars 1905, *Rec.*

Il est inutile de souligner le caractère paradoxal d'une telle affirmation. La notion de revendication partiaire n'est pas un concept vide de sens, mais il importe de le bien entendre.

Nous avons vu que s'il est inexact qu'un copropriétaire soit possesseur de sa quote-part, il n'en est pas moins vrai qu'il est copossesseur de la chose entière. Dans ces conditions, l'on peut très bien concevoir que l'objet de la revendication partiaire consiste à demander au défendeur de partager sa possession puisque toute chose qui peut faire l'objet d'une revendication peut se prêter à des actes d'appropriation conjointe. C'est en ce sens que de nombreuses décisions ont interprété le principe de la divisibilité de la revendication (1).

Il convient cependant de distinguer suivant que la revendication est exercée par le cohéritier contre l'un de ses consorts ou contre un tiers à l'indivision. Dans le premier cas, l'on comprend parfaitement que si le demandeur vient à triompher, il doit partager la possession du défendeur ; il est alors rigoureusement exact de parler d'une revendication partiaire. Si, au contraire, le cohéritier agit contre un tiers à l'indivision et vient à triompher dans sa réclamation, il a droit à la totalité de la possession en sa seule qualité d'héritier puisque c'est seulement le concours des prétentions rivales de ses

jur. com., 1906, p. 295 ; Solon, *Théorie des nullités*, I, 483 ; Fouet de Conflans, *Esprit de la jurisprudence*, sur l'art. 724, n° 6 ; Vitalévi, *op. cit.*, II, p. 478.

1. Cass. 4 avril 1870, D. 4871. I. 95 ; Agen, 6 juillet 1908 et Chambéry, 3 mars 1911, D. 1912. II. 233 ; Gand, 9 mai 1856, *Pasicrisie belge*, 1856. II. 31 ; Palerme, 31 mars 1911, *Circolo*, 1911. I. 128 ; Lyon-Caen, note sous S. 1896. I. 209.

cosuccesseurs qui peut restreindre l'étendue de sa possession. Il s'ensuit que toutes les fois où le cohéritier ne trouvera pas en face de lui l'un de ses conjoints mais un simple tiers, il pourra exiger la remise en possession complète et par conséquent intenter contre ce tiers la revendication totale sans pouvoir être repoussé par l'*exceptio plurium coheredum* (1).

C'est à ce résultat que semble être arrivée notre jurisprudence telle qu'on peut la dégager des circonstances d'espèces qui contribuent fréquemment à l'obscurcir car ces circonstances sont généralement relatives à des hypothèses de résolution ou de rescision d'opérations de vente (2). Il est évident, en effet, que les conditions de l'exercice du droit de demander la nullité ou la résolution d'une aliénation passée par l'un des cohéritiers ou même par l'auteur commun n'ont rien de commun avec celles de la revendication (3). Aussi conçoit-on que, lorsque cette confusion a été dissipée, la jurisprudence se soit franchement orientée dans le sens de la reconnaissance de l'indivisibilité des actions réelles héréditaires particulières (4).

En ce qui concerne l'action réelle générale qu'est la

1. En ce sens, Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, n° 3343. Comp. Naquet, note sous S. 1906. I. 263.

2. Toulouse, 2 avril 1835, D. 1835. II. 120; Bruxelles, 19 janvier 1884, *Pas. belge*, 1884. II. 8.

3. Laurent, *op. cit.*, X, n° 408; Lyon-Caen, note sous S. 1896. I. 209; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, n° 121.

4. Cass. 14 fév. 1906, D. 1907. I. 313 (motifs); Cass. 30 déc. 1908 et 1^{er} mars 1911, D. 1913. I. 89; Bourges, 20 avril 1909, D. 1912. II. 233; Lyon, 9 janv. 1908, *La Loi*, 1908, p. 457; Cass. Rome, 6 mars 1895, *Temi R.*, XV, 366; Cass. Naples, 22 juillet 1897, *Legge*, 38. I. 386.

pétition d'hérédité, remarquons d'abord qu'elle aussi n'est pas une action en revendication de titre puisqu'elle est accordée à des personnes qui ne possèdent pas la qualité d'héritier, tels que les cessionnaires de droits successifs et les légataires universels ou à titre universel (1). A la vérité, la pétition d'hérédité n'est qu'une *rei vindicatio generalis* qui, de même que la revendication particulière, doit être divisible ou indivisible suivant qu'elle est exercée contre un cohéritier ou contre un tiers à l'indivision. Ce principe qu'avait déjà reconnu l'ancien droit (2) est consacré par notre jurisprudence contemporaine. La pétition d'hérédité est-elle dirigée contre le cohéritier du demandeur ? Elle doit être divisée sous peine pour le demandeur de se voir opposer la *plus petitio* (3). Est-elle dirigée contre un tiers ? Le demandeur sera en droit de revendiquer la totalité de l'hérédité (4) sans que le défendeur puisse lui opposer l'*exception plurium coheredum* (5). On ne lui reconnaît que le droit d'exiger la mise en cause des autres successeurs (6).

Arrivons maintenant au domaine des obligations. Il semble bien que la logique de la théorie classique devrait

1. Laurent, IX, n° 509. Comp. Huc, V, n° 259; Cass. 4 avril 1870, S. 1870. I. 240.

2. Pothier, *Propriété*, nos 414 et 415.

3. Cass. 4 avril 1870, S. 1870. I. 240; Paris, 30 juillet 1902, *Pand. franç.*, 1903. II. 232. Sur les difficultés soulevées par la divisibilité de l'action au cas d'indignité, voir Seresia, *op. cit.*, n° 71.

4. Aubry et Rau, § 609, texte et notes 22 et 23; Laurent, IX, 232; Bruxelles, 13 fév. 1891, *Pasicrisie*, p. 226; Alger, 9 novembre 1910, *Le Droit*, 6 janv. 1911.

5. Comp. Demolombe, XIII, p. 152 et Naquet, note sous S. 1906. I. 265.

6. Proudhon, *De l'usufruit*, II, n° 678, p. 226.

subordonner l'indivisibilité de l'action en justice à celle de la prestation réclamée au défendeur. Mais ce critérium est loin d'être satisfaisant. A côté des obligations naturellement indivisibles, telles que l'obligation en garantie (1), il existe de nombreuses actions telles que les actions en nullité, en résolution, en rescision qui offrent un mélange de caractères réels et de caractères personnels. Cette allure équivoque leur a valu le nom d'actions mixtes. Il semble bien cependant que ces actions ne soient pas des actions *sui generis*. Elles ont pour but de réclamer une certaine prestation déterminée et la nullité, la rescision ou la résolution ne sont que les moyens invoqués par le demandeur à l'appui de sa demande (2). Il en résulte que ces actions devraient être divisibles ou indivisibles suivant le caractère divisible ou indivisible de la prestation qui constitue le véritable objectif du demandeur (3).

Il faut reconnaître d'ailleurs, à ce sujet, que si les textes législatifs se prononcent, tantôt en faveur de la divisibilité (4), tantôt dans le sens de l'indivisibilité (5), la jurisprudence semble bien confirmer l'opinion que nous défendons (6) puisqu'elle subordonne la divisibilité de l'action

1. Aubry et Rau, § 353, notes 7 à 12.

2. Japiot, *op. cit.*, p. 399.

3. Planiol sous D. 1912. II. 233.

4. Art. 1225, 1208 et 1475 du Code civil. Comp. art. 782, C. civ.

5. Art. 1670 et 1683, C. civ.

6. Cass. 9 nov. 1869, D. 1870. I. 215 ; Douai, 16 janv. 1882, D. 1883. II. 2 ; Toulouse, 16 juillet 1889 et Paris, 3 juillet 1890, Dalloz, *N. Code civ. ann.*, art. 934, n° 142 ; Bourges, 20 avril 1909 et Trib. Yvetot, 29 juillet 1910, D. 1912. II. 232 et note Planiol. La question s'est posée fréquemment au sujet du droit de retour invoqué par des cohéritiers contre les membres d'une congrégation religieuse non autorisée.

en nullité ou en résolution à la divisibilité de la prestation (1) ou au fait que l'action est intentée par le cosuccesseur moins à titre héréditaire qu'à titre personnel (2).

Il convient cependant de remarquer que si la jurisprudence a étendu largement la notion d'indivisibilité en matière procédurale, elle n'en continue pas moins à appliquer rigoureusement le principe du fractionnement toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'un objet indivisible (3). Bien qu'elle reconnaisse que le droit du cohéritier sur les créances héréditaires soit absolument indéterminé jusqu'au jour du partage (4), elle persiste à affirmer qu'il a un droit de poursuite fractionnaire mais autonome contre le débiteur commun et qu'il conserve le produit de l'exercice de cette action (5), tout au moins en l'absence d'une convention d'indivision (6). Cette interprétation semble trouver une justification dans les articles 8 et 9 de la loi du 12 juillet 1905 sur la compétence des juges de paix.

Si la jurisprudence a réduit successivement la divisibi-

1. Cass. 21 juillet 1897, D. 1898. I. 35; Chambéry, 5 mars 1911, D. 1912. II. 232.

2. Cass. 27 fév. 1877, D. 1877. I. 292; Pau, 9 fév. 1885, D. 1885. II. 252; Comp. Douai, 5 nov. 1898 (*Journal Notar.*, 1899, 38).

3. Cass. 18 octobre 1893, S. 1894. I. 353, note Tissier; Douai, 31 oct. 1907, *Le Droit*, 5 janv. 1908; Cass. 25 juillet 1911, S. 1914. I. 289 et note Tissier; Cass. 19 mars 1918, S. 1918. I. 135.

4. Pau, 13 nov. 1899, S. 1900. II. 35; Nancy, 28 mai 1904, *Rec. Nancy*, 1904, 169.

5. Cass. 7 janv. 1902, S. 1907. I. 84; Cass. 25 juillet 1911, *Bull. civ.*, 1911, p. 219; Montpellier, 3 déc. 1904, D. 1908. II. 182; Nancy, 20 mai 1905, *Rec. Nancy*, 1905, 187. Comp. la jurisprudence du début du XIX^e siècle : Cass. 21 brumaire an VII (Devilleneuve, I. 477) et Limoges, 24 mars 1817 (*Coll. Nouv.*, 5. II. 257). Voir aussi Angers, 26 mai 1859, S. 1859. II. 682 et Cass. 28 janv. 1891, S. 1893. I. 294.

6. Cass. 21 juin 1897, S. 1898. I. 173.

lité des actions judiciaires exercées par les cohéritiers aux seules actions tendant à la réclamation d'une prestation divisible, elle s'est montrée plus hardie à l'égard des actions exercées par les tiers à l'indivision contre les divers successeurs. A cet égard, l'indivisibilité de la prestation de délivrance devait conduire sans difficulté à proclamer l'indivisibilité des actions réelles passives (1).

En ce qui concerne les actions personnelles, les tribunaux qui s'étaient montrés tout d'abord assez disposés à appliquer les stricts principes romanistes (2), même au cas de succession bénéficiaire (3), en firent fléchir successivement la rigueur d'abord au cas de convention d'indivision (4), puis dans les hypothèses où une certaine solidarité pouvait être supposée entre les cohéritiers (5). Nous avons vu qu'ils avaient fini par consacrer le principe de l'indivisibilité du gage successoral pendant la durée de la communauté. Certes, il ne s'agit là que de quelques décisions isolées et qui paraissent bien fragiles devant le nombre écrasant des décisions contraires qui continuent à appliquer dans toute sa rigueur le principe de l'action divisoire. Mais elles n'en constituent pas moins des faits significatifs dans l'évolution profonde de l'organisation procédurale de la communauté d'héritiers.

1. Cass. 30 déc. 1908, D. 1913. I. 94.

2. Consulter pour l'ancien droit : Jousse, *Traité de procédure*, ch. I, art. 2, § 2. Voir aussi Cass. 15 mars 1910, S. 1910. I. 352 et Cass. 19 déc. 1910, *Gaz. Pal.*, 20 janv. 1911 ; Pau, 7 mai 1907, S. 1907. II. 279.

3. Nancy, 3 juin 1905, *Rec. Nancy*, 1905, 238.

4. Toulouse, 6 février 1907, S. 1908. II. 198.

5. Cass. 4 mars 1873, S. 1873. I. 201 ; Cass. 2 juillet 1908, D. 1908. I. 440 ; Alger, 22 janv. 1907, S. 1908. II. 77. Comp. Cass. 13 nov. 1906, D. 1907. I. 491.

II. *Droit comparé.* — C'est cette même évolution dans le sens de l'indivisibilité de l'exercice judiciaire des rapports juridiques du défunt que nous rencontrons dans d'autres législations issues de la tradition romaine. Qu'il nous suffise de renvoyer, à ce sujet, au § 685 du projet de Code civil hongrois et surtout à l'art. 2015 du Code civil portugais.

C'est ce même principe d'indivisibilité que consacre le § 2039 du *B. G. B.* dont la disposition est absolument générale puisqu'elle s'applique même aux actions en reconnaissance de dette (1). Seuls les droits qui constituent de véritables prétentions (*Ansprüche*) au sens technique du mot dans le nouveau Code civil allemand, tels que les droits de retrait, de préemption, d'option, de révocation ne peuvent être exercés que par la collectivité des cohéritiers (2). Rappelons enfin qu'au point de vue passif, le § 2038 du *B. G. B.*, en établissant le principe de la responsabilité solidaire des cohéritiers, confère au créancier successoral le bénéfice de l'indivisibilité de la poursuite contre les successeurs universels de son débiteur.

Quelles sont les conséquences du principe d'indivisibilité dans les rapports entre les cosuccesseurs (3)? La question ne soulève pas de difficultés au point de vue passif, puisque les règles de la contribution aux dettes suffisent pour

1. Planck, *op. cit.*, § 2039, n° 2; Strohal, *op. cit.*, II, § 64, rem. 12 b; Binder, *op. cit.*, III, p. 73, rem. 57. Comp. Kress, p. 71, rem. 4.

2. Planck, § 2039, n° 7. Voir plus spécialement en ce qui concerne l'exercice du droit de résolution par les cohéritiers, la bonne monographie de August v. Knieriem, *Wandelungsanspruch unter Miterben*, In Diss. Leipzig, 1908.

3. Planiol, note sous D. 1912. II. 233 et les références.

répartir le fardeau de la dette entre les divers héritiers.

«Au point de vue actif, le cohéritier qui a touché l'intégralité de la créance commune peut mettre ses consorts à la merci de son insolvabilité. Le *B. G. B.* allemand a évité cet inconvénient en prévoyant que le débiteur commun qui peut être actionné pour le tout par chaque héritier ne peut néanmoins se libérer qu'en payant sa dette à la collectivité de ses créanciers. Cette excellente solution législative a été réalisée au moyen d'une véritable altération consciente de la structure du rapport de droit (1).

En droit français, les règles de la copossession héréditaire suffisent à empêcher le demandeur qui revendique la totalité d'un immeuble d'invoquer contre ses consorts toute possession exclusive pouvant servir de base à l'usucapion. Mais, en ce qui concerne les obligations personnelles, il est permis de regretter que notre législation nationale ignore la sage mesure de précaution prévue par le Code civil allemand et que nous avons indiquée.

§ 2. — *Le développement de la notion de représentation procédurale entre cohéritiers.*

Nous avons vu que la théorie classique avait posé le principe de l'indépendance complète des cohéritiers en matière procédurale. Il est permis de douter que ce principe puisse correspondre à une réalité absolue (2). En

1. Binder, *op. cit.*, III, p. 77. Le droit individuel se transforme en un droit à une prestation faite à une collectivité.

2. Voir principalement pour le cas de la continuation d'un procès par les cohéritiers du défunt et la signification de la *translatio iudicii* en droit romain et en droit allemand : Jos. Schlereth, *Die Aufnahme eines Zivilprozesses durch die Erben*, In Diss. Wurzburg, 1911. En Allemagne, l'un des héritiers du débiteur peut reprendre

effet, lorsqu'un fait de procédure s'est produit à l'égard de l'un des cosuccesseurs, il n'est pas exact d'affirmer que ce fait reste absolument sans effet sur la situation des autres cosuccesseurs. Il se produit ici, en réalité, des phénomènes d'influence indirecte qu'il importe de bien comprendre.

Certes, il est vrai que cette influence à laquelle nous faisons allusion ne peut s'exercer dans un sens défavorable aux cohéritiers du plaideur car ces derniers sont toujours et très énergiquement protégés par la règle *res inter alios acta aut judicata*...

Mais lorsqu'un fait de procédure, telle qu'une chose jugée, s'est produit en faveur d'un cohéritier, il engendre un certain effet favorable à l'égard des autres, tout au moins lorsqu'il s'agit d'une matière indivisible. Il en sera ainsi principalement lorsque le droit qui a été déduit en justice portait sur une prestation négative telle que la reconnaissance de l'inexistence d'une servitude que le tiers prétendait exister à son profit sur le fonds indivis. Dans ces conditions, et en admettant même que ce tiers ait obtenu une série de jugements en sa faveur contre les autres cosuccesseurs, il se produira ce phénomène singulier que ces jugements seront pratiquement paralysés puisqu'ils ne pourraient produire effet qu'à la condition de méconnaître la force de chose jugée qui, en cette matière indivisible, existe contre ce tiers au profit de l'un des indivisaires. Voici donc une situation particulièrement

l'instance pour le tout ou pour sa part suivant que sa responsabilité est solidaire ou divisée. Le cohéritier créancier peut reprendre l'instance pour le tout pendant l'indivision. Après le partage, ce droit n'appartient qu'au cosuccesseur qui a reçu dans son lot le droit successoral litigieux.

significative où l'autorité de la chose jugée au profit de l'un des cohéritiers peut rendre inefficace celle de la chose qui peut avoir été jugée contre ses consorts au profit d'un tiers à l'indivision.

Supposons maintenant qu'au lieu d'une prétention négative indivisible, il s'agisse d'une prétention positive indivisible, telle qu'une servitude active qui aurait été reconnue au profit de l'un des cohéritiers par une décision judiciaire. Il est certain que les consorts de ce dernier ne pourront exercer eux-mêmes un droit qui ne leur a pas été reconnu personnellement. Mais il n'en est pas moins vrai que le jugement leur profitera d'une façon indirecte. En effet, au jour du partage, ils n'auront qu'à exiger de placer la prestation indivisible en question dans le lot de leur cohéritier qui a obtenu le jugement, de sorte que ce dernier se trouvera apportionné jusqu'à concurrence de la valeur de cette prestation et que leur part respective s'en trouvera augmentée d'autant.

En d'autres termes, lorsqu'il s'agit d'une matière indivisible, un jugement prononcé à l'égard de l'un des cohéritiers produit toujours un effet utile à l'égard des autres, dans la mesure où il paralyse les décisions judiciaires qui, sur la même matière, auraient pu avoir été rendues à leur détriment. Le raisonnement que nous venons d'esquisser au sujet de la chose jugée pourrait être repris d'une façon identique à propos de l'effet des nullités de procédure, des appels ou pourvois en cassation, etc. Nous pouvons d'ailleurs en rencontrer quelques consécutions législatives dans les articles 709, 710 et 2249, al. 2 de notre Code civil.

Quelle est donc la portée et la nature juridique de ces phénomènes de représentation indirecte entre héritiers en

matière indivisible ? L'on a parlé quelquefois ici d'une représentation imparfaite qui devrait exister entre les cosuccesseurs (1). Mais il faut bien reconnaître que cette représentation imparfaite est une construction juridique singulière. N'implique-t-elle pas, en effet, qu'un individu pourrait profiter des opérations juridiques effectuées par une personne qui se trouve dans une situation identique à la sienne alors qu'en aucun cas les actes accomplis par cette même personne ne pourraient être invoqués contre lui s'ils devaient porter atteinte à ses intérêts (2). Au surplus, la représentation juridique implique que les effets des actes du représentant doivent se produire directement dans la personne du représenté comme si ce dernier les avait personnellement accomplis (3). Or, il est bien évident que dans les cas que nous avons examinés, ce n'est pas en vertu d'un droit propre que les cohéritiers profitent des avantages judiciaires réalisés par l'un de leurs communistes. Dans le cas de prétention indivisible négative, le bénéficiaire personnel de l'acte en défendant ses droits ne peut faire autrement que de protéger également celui de ses consorts. Dans celui d'une prétention indivisible positive, il conserve à son profit une valeur héréditaire dont ses cosuccesseurs sont naturellement fondés à lui imposer le partage.

Ainsi donc, dans un cas comme dans l'autre, les cohé-

1. Pouillet, *Traité des brevets d'invention*, n° 299 ; Bonnier et Larnaude, *Preuves*, n° 888 ; Luzzatto, *Nuovi Studii*, p. 15 ; Piola, *op. cit.*, p. 620, col. 1.

2. Voir à ce sujet : Oudinot, *De la représentation imparfaite en droit français*, thèse Paris, 1909.

3. Demogue, *Notions fondamentales*, p. 376 ; Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 86 et s.

ritiers du bénéficiaire de l'acte de procédure ne peuvent invoquer aucun droit direct contre le tiers. Il ne peut donc s'agir ici de représentation directe ou indirecte, parfaite ou imparfaite.

En réalité, les phénomènes que nous avons retracés s'expliquent aisément parce que, lorsqu'il s'agit d'une matière indivisible, le cohéritier qui défend son droit, protège une véritable valeur successorale dont ses consorts sont fondés à lui demander compte au jour de la liquidation (1).

Il en résulte que ces phénomènes de représentation procédurale en matière d'indivisibilité héréditaire comportent des limites très précises. Du moment où ces phénomènes sont subordonnés à la reconnaissance, au profit de l'un des cohéritiers, d'un droit sur une valeur indivisible de la masse, ils doivent disparaître lorsque ce cohéritier en est rétroactivement dépouillé par l'effet d'un partage qui placerait le droit en question dans le lot d'un autre cosuccesseur.

C'est ainsi que la Cour de Cassation a jugé à propos de l'article 710 du Code Civil qu'au cas où il y aurait un mineur parmi les cohéritiers, l'héritier majeur qui serait déclaré attributaire de l'immeuble commun ne pourrait se prévaloir de la cause de suspension qui a existé au profit du mineur pendant l'indivision (2). Cet exemple nous permet de nous rendre compte combien notre juris-

1. Oudinot, *op. cit.*, p. 178 ; Lacoste, *Chose jugée*, n° 643 ; note anonyme sous Lyon, 19 mai 1881, D. 1882, II, 193.

2. Cass., 29 août 1853, S. 1853. I. 230 ; Tissier, note sous S. 1895, I. 401.

prudence est hostile au principe de la représentation procédurale des cohéritiers (1).

Ce n'est pas à dire cependant que ce principe soit resté complètement ignoré de nos tribunaux, abstraction faite de toute question d'indivisibilité. L'on peut au contraire trouver, çà et là, les traces d'une tendance qui se rattache à l'antique tradition de la solidarité familiale et que l'on se contente de justifier aujourd'hui en parlant vaguement d'une sorte de société de fait qui existerait entre les cohéritiers unis par l'indivisibilité de leurs intérêts (2).

Nous avons vu comment, en matière d'administration successorale, les tribunaux avaient fait appel à la fiction de mandat tacite pour écarter les dangers de la règle de l'unanimité. Nous avons constaté comment, au nom de ce même principe, ils incorporaient à la masse partageable les acquisitions réalisées par chaque indivisaire au moyen des valeurs communes. Nous avons remarqué également que la théorie de la possession équivoque implique une certaine représentation des cohéritiers en matière possessoire.

Il n'est donc pas étonnant que des considérations analogues aient suggéré à certains magistrats d'étendre la même notion de représentation à l'organisation du fonctionnement procédural de la communauté d'héritiers.

1. Cf. Planiol, I, n° 2988 ; Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 427 ; Oudinot, *op. cit.*, p. 176. Voir aussi Cass. 30 déc. 1908, D. 1913. I. 89 et note Duparcq.

2. Marcadé, art. 1351, n° 13 ; Toullier, *op. cit.*, X, 206 ; Conseil d'Etat, 12 avril 1832, S. 1832. II. 366 ; Bourges, 28 juin 1825, S. 1826. II. 176 (motifs) ; Pau, 27 juin 1853, S. 1853. II. 639 ; Dijon, 23 déc. 1868, S. 1870. II. 16 ; Bordeaux, 26 janv. 1910, *Le Droit*, 4 fév. 1910 ; Grenoble, 17 mai 1911, Rec. Grenoble, 1911, 219.

Leurs décisions ne s'inspirent d'ailleurs pas toujours de considérations sentimentales, mais obéissent fréquemment à des motifs plus consistants. C'est ainsi que la règle de l'égalité entre communistes a conduit les tribunaux à renforcer l'indivisibilité de l'action en partage ou licitation (1) par l'organisation d'une représentation mutuelle des copartageants (2). A un tout autre point de vue, c'est dans l'intérêt du domaine privé de l'Etat qu'ils ont fait fléchir le principe de l'indépendance intégrale des communistes au cours de la procédure d'expropriation (3). Enfin, c'est dans le but de faciliter le fonctionnement des services judiciaires qu'ils ont admis, dans des cas exceptionnellement favorables, il est vrai, que la remise d'une citation qui doit être signifiée à personne et à domicile peut être signifiée à l'un des cohéritiers comme représentant des autres (4). Cette dernière solution a été expressément consacrée par l'article 65 de la loi fédérale suisse de 1889 sur la poursuite pour dettes (5).

Quoi qu'il en soit, il faut bien reconnaître que, à part quelques solutions exceptionnelles, la règle de l'indépendance procédurale des cohéritiers s'est maintenue à peu

1. Demolombe, *Succ.*, III, n° 617; Bruxelles, 9 fév. 1887, D. 1888. II. 104; Cf. Cass. 28 fév. 1881, S. 1881. I. 343.

2. Cass. 19 avril 1865, S. 1865. I. 270; Cass. 10 avril 1866, S. 1866. I. 140; Paris, 8 mars 1867, S. 1867. II. 185; Trib. Oloron, 19 juin 1910, *Journ. cons. hyp.*, 1910, p. 395; Cf. Troplong, *Prescript.*, II, n° 649; Cass. 28 fév. 1881, S. 1881. I. 343.

3. Cass. 26 nov. 1862, S. 1863. I. 199; Cass. 2 avril 1895, S. 1895. I. 360; Cf. Cass. 1^{er} fév. 1910, S. 1911. I. 344; Comp. Cass. 17 fév. 1915, S. 1915. I. 160.

4. Cass. 1^{er} germ. an X et Paris, 12 avril 1806 (Sir. chron.).

5. Art. 60 des dispositions finales du *Code fédéral suisse* modifiant l'article 65, al. 3 de la loi de 1889 (Voir Huber, *Exposé des motifs*).

près intacte dans notre jurisprudence. C'est le même principe qui a été consacré par la doctrine (1) et les tribunaux allemands (2), soit dans les matières indivisibles où il a été formellement consacré par la loi (3), soit dans le régime de la *Gesammte Hand* puisque la nécessité de l'action collective, en faisant obstacle aux initiatives individuelles, écarte toute possibilité de représentation mutuelle (4).

Ce principe se retrouve dans toutes les législations, sauf dans les coutumes anglo-saxonnes qui admettent que lorsqu'un *coparcener* figure au procès, les autres sont censés y figurer également (5) et dans les pratiques musulmanes où la personnification de la succession entraîne une sorte de représentation imparfaite entre les cosuccesseurs (6).

Il n'en reste pas moins que si, en principe, les cosuccesseurs sont absolument autonomes à l'égard de l'exercice des rapports de procédure, ils ne sont pas isolés en fait. Nous avons déjà eu l'occasion de le constater au sujet des matières indivisibles. Mais il y a mieux. Il est certain que, quelle que soit la nature d'un litige, la chose jugée au sujet de ce litige contre l'un des cohéritiers ne reste pas sans influence à l'égard des autres. L'observation

1. Helwig, *Anspruch und Klagrecht*, p. 206; Binder, III, p. 67, note 29; Gaupp-Stein, *op. cit.*, § 323, rem. VI, 3. Il paraît en avoir été autrement dans le très ancien droit germanique (Voir à ce sujet loi d'Upland, ch. XXIV, n° 2, Beauchet, *op. cit.*, p. 105, note 5).

2. *R. G.*, 44, 85; Ob. L. G. Dresde (*Sächs. Archiv.*, I, p. 157).

3. § 432, al. 2 du *B. G. B.*; Cf. § 2063 du *B. G. B.*

4. Strohal, *op. cit.*, § 64, n° 12; Kress, *op. cit.*, p. 71. Le cohéritier agissant isolément conformément au § 2039 ne représente pas ses consorts (Helwig, *op. cit.*, § 31, II).

5. Campbell, *Principles of english law*, p. 172.

6. Cour d'Alger, 18 oct. 1910, *Rev. alg.*, 1911, p. 24.

montre en effet que dans ce cas, si l'on ne peut parler d'une véritable autorité de chose jugée contre les cosuccesseurs du cohéritier il peut y avoir tout au moins autorité de chose prouvée dans la mesure où le créancier commun aura fait reconnaître en justice un titre qui lui permettra d'exercer une poursuite efficace contre les cosuccesseurs de son adversaire.

Cette distinction entre l'effet de droit (*Rechtswirkung*) et l'effet de preuve (*Beweiswirkung*) avait été aperçue par les glossateurs (1) mais elle a été précisée par les juriconsultes allemands (2). Dans ce cas, il doit sembler juste d'accorder au cohéritier la tierce opposition contre le jugement rendu contre son communiste et qui peut sembler préjudicier à la reconnaissance de la réalité d'une dette contestée. Ce recours, dont l'on peut discuter la validité si l'on veut n'y voir qu'une simple action provocatoire *in futurum*, a quelquefois été admis par nos tribunaux (3) et par la jurisprudence du Conseil d'Etat (4).

SECTION C. — L'ORGANISATION COLLECTIVE DES RAPPORTS DE PROCÉDURE DE LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS.

Nous avons vu comment la tradition classique de l'individualisme procédural héréditaire avait essayé de s'adapter aux exigences de la vie moderne par une exten-

1. Alexander Tartagnus, sur la loi Saepe, fragm. *De re judicata*, 42, 1, 63; Saccia, *Traité de judiciis*, livre II, ch. II, n° 209; Rugnelius, *Comm. in tit. de appell.*, § 2, ch. I, n° 26.

2. Mendelssohn-Bartholdy, *Grenzen der Rechtskraft*, p. 431.

3. Caen, 8 mai 1827, S. 1828. II. 143; Cass. 22 nov. 1859, S. 1860. I. 775.

4. Conseil d'Etat, 1er déc. 1894, S. 1894 III. 452.

sion de la notion d'indivisibilité et par la reconnaissance timide d'une certaine représentation entre les cosuccesseurs. Mais ces adaptations ne s'attaquaient pas au principe de l'autonomie dont elles essayaient simplement de tempérer les rigueurs. Au contraire, c'est à ce principe d'autonomie lui-même que se sont opposées certaines tendances législatives récentes dans la mesure où elles ont prétendu imposer à l'activité procédurale des cohéritiers un caractère véritablement collectif. La tendance novatrice s'est limitée, dans certains cas, à un simple groupement procédural des rapports judiciaires particuliers ; dans d'autres, elle s'est traduite par l'organisation d'une véritable communauté procédurale forcée.

§ 1. — *Du groupement procédural des rapports judiciaires particuliers.*

L'idée de grouper et de diriger dans un sens parallèle les divers litiges qui peuvent s'élever entre les cohéritiers et les tiers à l'indivision paraît devoir se présenter naturellement à l'esprit (1). Il est évident, en effet, qu'une telle mesure, tout en provoquant des économies de temps et d'argent, est susceptible d'assurer une concordance désirable entre les diverses solutions qui peuvent être rendues à l'égard des communistes.

Ce résultat ne peut être atteint que par la réalisation d'une double condition : l'unité de compétence territoriale et la simultanéité chronologique des actions individuelles.

1. Voir application de la notion de requête collective dans l'article 3 de la loi du 19 mars 1917 sur le régime de l'indivision et du partage des successions ouvertes pendant la guerre.

De ces deux conditions, la première seule paraît avoir été envisagée par les dispositions de notre loi positive.

Il convient en effet de remarquer que l'unité de compétence territoriale est approximativement réalisée, en matière successorale, par l'alinéa 3 de l'article 59 de notre Code de procédure civile en ce qui concerne les actions réelles et par l'alinéa 6 de ce même texte qui s'applique non seulement aux demandes entre héritiers mais encore aux actions personnelles intentées par les créanciers du défunt avant le partage (1). Notons, en outre, que s'il s'agit de dettes contractées conjointement par les cohéritiers pendant la durée de l'indivision, le créancier commun pourra se prévaloir de l'alinéa 2 du texte précité qui, au cas de pluralité de défendeurs, autorise le demandeur à les citer à son choix devant le tribunal de l'un d'eux. Inutile d'insister sur ces dispositions traditionnelles dont l'intérêt est évident (2). Constatons simplement qu'elles

1. Cass. 14 mars 1913, S. 1913. I. 315. Voir art. 58 du titre final du *Code fédéral suisse* des obligations modifiant l'article 49 de la loi du 11 avril 1889. Autrefois cette jurisprudence était absolument générale (Orléans, 11 novembre 1845, S. 1846. II. 187 motifs). Aujourd'hui, elle semble vouloir écarter l'application de l'article 59 au cas où l'un des cohéritiers aurait payé sa part dans la dette. En ce sens, Cour de Nîmes, 21 mai 1884 (*Rép. jur. et prat. not.*, 1884, p. 806); Trib. civ. Seine, 6 mai 1907, *Gaz. Palais*, 1907, I, 579. En Allemagne, voir les §§ 27 et 28 de la *Z. P. O.*; Robert Hartle, *Der Gerichtsstand der Erbschaft*, p. 60; Schmidt, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 2^e éd., p. 254. La législation allemande est assez compliquée et elle distingue la compétence successorale réelle de la compétence successorale personnelle (Schmidt, *op. cit.*). Au point de vue passif le tribunal de la succession est compétent au cas de responsabilité solidaire mais non en cas de responsabilité divisée (Hertle, *op. cit.*, p. 61).

2. Garsonnet, *op. cit.*, I, n° 567; Glasson, *op. cit.*, I, nos 274 et 279; Riom, 2 janv. 1888, D. 1889. II. 23.

sont manifestement insuffisantes. D'une part en effet, elles ne peuvent être étendues aux actions exercées par les cohéritiers contre les tiers à la succession. D'autre part, si elles impliquent le principe d'un tribunal commun, elles n'imposent nullement aux plaideurs d'agir simultanément contre tous les cohéritiers de sorte qu'elles ne sauraient apporter de remède efficace aux inconvénients de lenteur, de frais et de contradictions de jugements que nous avons précédemment signalés (1).

Heureusement, la pratique intervient ici pour corriger les insuffisances de la loi positive. Un créancier successoral assignera généralement simultanément les héritiers de son débiteur (2). Rappelons, à ce sujet, la disposition particulière et si suggestive de l'article 447, alinéa 3 du Code de procédure civile d'après laquelle la signification du jugement pour faire courir les délais d'appel peut être faite aux héritiers collectivement et sans désignation de noms et qualités.

Quant aux cohéritiers qui veulent agir contre un débiteur du défunt ils feront généralement élection de domicile chez un même avoué qui se chargera de diriger toute la procédure contre le débiteur commun.

Ce groupement facultatif des instances peut-il être imposé aux cohéritiers? Le cohéritier assigné par l'un des cosuccesseurs peut-il, en agissant en déclaration de jugement commun, exiger la mise en cause des autres commu-

1. Remarquons toutefois qu'en province, une certaine stabilité dans la composition des tribunaux écarte généralement les inconvénients de la contrariété des décisions.

2. Il y est même obligé lorsqu'il se trouve en présence de cohéritiers bénéficiaires en raison de l'indivisibilité de leur administration, Cass. 16 fév. 1858, S. 1858. I. 662.

nistes ? La légitimité de cette intervention forcée, dont les avantages seraient cependant incontestables, nous paraît assez douteuse en l'état actuel de notre législation. En effet, les conditions de l'intervention forcée sont les mêmes que celles de la tierce opposition (1) et nous avons vu précisément qu'un jugement prononcé à l'égard d'un cohéritier est, en principe, dépourvu d'effet à l'égard des autres. Dans ces conditions, cette intervention forcée des cohéritiers nous paraît absolument contraire aux principes du droit (2) bien que nous soyons heureux de constater que la jurisprudence l'a quelquefois imposée en matière indivisible (3) ou même lorsqu'il s'agissait simplement d'un intérêt commun (4).

Ce groupement des actions individuelles laisse-t-il subsister l'autonomie de chacune d'elles ou ne constitue-t-il pas un véritable litige collectif indivisible ? C'est cette dernière solution qu'avait admise autrefois la Cour de Cassation (5) mais, devant la résistance des Cours d'Appel, un arrêt des chambres réunies (6) provoqua un revirement de sa jurisprudence et l'on revint au principe de l'auto-

1. Glasson, *op. cit.*, n° 876.

2. Cuhe, *Manuel de procédure civile et commerciale*, n° 473 ; Aubry et Rau, § 609, note 23 ; Bruxelles, 1^{er} déc. 1858, *Pas. belge*, 1859. II. 152 ; Douai, 16 août 1879 sous Cass. 15 juin 1880, S. 1882. I. 403.

3. Besançon, 20 fév. 1895, D. 1895. II. 486 ; Grenoble, 10 fév. 1903, D. 1905. II. 255 ; Limoges, 31 mai 1920, D. 1921. II. 110.

4. Riom, 24 mai 1861, S. 1861. II. 481 ; Conseil d'Etat, 18 mars 1904, S. 1906, III, 87 et 6 août 1907, S. 1910. III. 10.

5. Cass. 10 janv. 1854, D. 1854, I. 35 et Cass. 5 nov. 1856, D. 1856. I. 389. En ce sens, Garsonnet, *op. cit.*, § 807. et art. 25 de la loi belge du 25 mars 1876.

6. Cass. ch. réunies, 25 janv. 1860, S. 1860. I. 122.

nomie fractionnaire des actions (1) dans le cas du moins où la communauté d'héritiers n'est pas modifiée par une convention d'indivision. Cette évolution consacrait définitivement l'abandon de la maxime ancienne *una lis una actio* pour l'adage trompeur *tot capita tot sententia*.

Reconnaissons toutefois que l'autonomie des actions individuelles est moins grande lorsque ces actions sont exercées simultanément que lorsqu'elles le sont successivement. La communauté d'intérêt entre les plaideurs est un fait qui s'impose aux tribunaux qui en déduisent des conséquences importantes dans le domaine des droits de famille (2). Les magistrats qualifient les cohéritiers qui agissent en commun du nom de consorts et ce terme prend ici toute la valeur technique de son sens éthymologique. Les intérêts des cohéritiers sont séparés, c'est entendu ; mais ils sont liés et la jurisprudence a tiré de ce fait toute une série de conséquences qu'elle s'est efforcée de rattacher plus ou moins habilement à des décisions isolées de notre Code de procédure civile.

Ces conséquences sont relatives tout d'abord à la signification des ajournements. L'on a pu invoquer ici moins l'article 762 du Code de procédure qui ne vise que l'hypothèse de créances conjointes (3) que les articles 447 et 452 de ce même Code. Certes, il est évident que ces textes manifestement contraires au droit commun des articles 68 et 456 relatifs à la signification des exploits à personne

1. Cass. 19 avril 1904, S. 1904. I. 417 ; Cass. 25 juillet 1911, D. 1912. I. 460. Cf. Cass. 18 oct. 1893, S. 1894. I. 333 et note Tissier.

2. Cass. 23 fév. 1892, S. 1892. I. 188.

3. Garsonnet et Cézard-Bru, *op. cit.*, 6^e éd., p. 581, note 1.

et à domicile (1) devraient être d'interprétation stricte (2). Cependant, les tribunaux en ont quelquefois tiré argument pour justifier la pratique des assignations faites aux cohéritiers par les tiers (3) principalement en matière de procédure d'ordre sur saisie immobilière où la signification à personne se trouve remplacée par une signification à l'avoué constitué par les parties connues ou à son domicile (4).

D'autre part, il convient de signaler les manifestations d'une sorte de représentation mutuelle des cohéritiers poursuivants ou assignés dans une instance collective. Qu'il nous suffise de rappeler ici les dispositions des articles 151 et 153 du Code de procédure civile dont le premier est particulièrement intéressant puisqu'il consacre la procédure singulière de défaut profit-joint. Mais il s'agit ici de textes vraiment exceptionnels dont la jurisprudence s'est toujours refusée, même dans les cas les plus favorables, à étendre le domaine par voie d'interprétation analogique (5).

En résumé, le groupement des actions individuelles dans la pratique judiciaire française n'a pas pour objet de faire des cohéritiers un véritable corps moral. Il ne constitue en aucune façon une exception au principe de

1. Glasson, *op. cit.*, n° 978.

2. Trib. Seine, 3 août 1908, *Gaz. trib.*, 15 nov. 1908 et les renvois.

3. Rome, 11 déc. 1895, *Tem. R.* 17, 35. Voir spécialement en matière d'expropriation, Cass. 10 nov. 1909, S. 1911. I. 419. Cf. Cass. 1^{er} fév. 1910, *Gaz. Palais*, 26 février 1910.

4. Art. 731, 732 et 733 du Code de procéd. civ.; Cass. 15 déc. 1884, S. 1885. I. 331; Amiens, 26 janv. 1865 et Chambéry, 26 déc. 1861, S. 1863. II. 435.

5. Application au cas de production à la faillite du débiteur commun, Paris, 22 juin 1866, S. 1867. II. 79.

l'absence de représentation mutuelle des cosuccesseurs au cours de l'instance (1).

§ 2. — *La notion de communauté procédurale des cohéritiers.*

Afin d'assurer l'organisation des rapports judiciaires des cohéritiers, on peut concevoir que le législateur, au lieu de les grouper, se propose de les fusionner dans un litige unique. Il ne s'agirait pas alors d'une jonction d'actions individuelles mais d'une action unique à caractère collectif.

Les sujets actifs ou passifs ne seraient plus les héritiers considérés en tant qu'individus, mais leur réunion organique envisagée comme constituant le véritable sujet des rapports de procédure.

Nous avons vu que la législation du Bas-Empire romain avait conçu l'idée d'un *litisconsortium necessarium* entre indivisaires (2). Mais cette institution si curieuse ne fut qu'éphémère ; elle devait disparaître sans laisser de traces car elle se heurtait au préjugé classique qui attachait à la copropriété le caractère exclusif et absolu du *dominium* (3).

En fait, les quelques décisions que nous rencontrons dans notre jurisprudence française qui ont imposé à des

1. Orléans, 25 mars 1831, S. 1831. II. 279 (motifs).

2. Planck, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten*, p. 414, 420 et 425 ; Castellari, *La competenza per connessione*, p. 207 s. ; Chiovenda, *Sul litisconsorzio necessario* (St. publ. in on. di Vit. Scialoja, p. 283).

3. Azo, *Summa in tertium librum Codicis, rub. De consortibus ejusdem litis*.

indivisaires ou à des cohéritiers la nécessité d'une action judiciaire collective (1) ne peuvent être considérées que comme des anomalies juridiques paradoxales. En réalité, le *litisconsortium* est inconnu du droit français (2) même en ce qui concerne les jugements constitutifs où la réalisation d'un certain état de droit dépend du concours de tous les intéressés (3) tels que les jugements statuant en matière d'action indivisible ou d'action en partage (4).

Cependant, il est facile de concevoir qu'une procédure de *litisconsortium necessarium* représente de sérieuses économies de temps et d'argent et qu'elle évite infailliblement les inconvénients de la contrariété possible des jugements. Aussi comprend-on que le législateur contemporain l'ait introduite dans les procédures de licitation et de partage des immeubles appartenant à des indigènes algériens (5).

D'autre part, il est évident que ce *litisconsortium necessarium* constitue la forme naturelle dans laquelle doit nécessairement se manifester le principe germanique de la propriété en main commune dans le domaine de la procédure. A la vérité, on peut retrouver la trace de communautés procédurales (*Streitgenossenschaften*) jusque dans les anciennes lois lombardes (*licentia adunandi*) (6), dans

1. Cass. 6 mai 1829, Jur. gén. Dalloz v^o Vente, n^o 1303 ; Nancy, 28 juillet 1875, S. 1876. II. 132.

2. Cass. 24 avril 1861, S. 1861. I. 589.

3. Chiovenda, *op. cit.*, p. 298 et 301.

4. Chiovenda, *op. cit.*, p. 301 ; Baudry-Lacantinerie et Seignat, *op. cit.*, n^o 543. Voir à ce sujet art. 882 du Code civil italien.

5. Loi du 28 avril 1867 ; Cass. 30 juin 1913, *Gaz. Trib.*, 5 juillet 1913.

6. Rotharis, XII, 138, 263.

le très ancien droit de Goslar (1) et dans diverses sources saxonnes indiscutables (2). Il semble même qu'originai-
 rement la nécessité de la poursuite en commun affectait
 la nature même du rapport de droit (*Sachlegitimation*) (3).
 Mais la rigueur de cette conception ne tarda pas à dispa-
 raitre. L'on admit la liberté des poursuites individuelles et
 l'influence de l'institution ancienne se réduisit à une sim-
 ple mise en cause forcée des cohéritiers qui n'étaient pas
 encore parties au procès (4). Au surplus, l'influence
 romaniste devait encore atténuer dans l'œuvre des com-
 mentateurs modernes les traits originaux de l'antique
Streitgenossenschaft. Les romanistes s'ingénierent à assi-
 miler les *Streitgenossen* à de simples *consortes* romains (5)
 et à dénaturer le moyen de défense que constituait, dans
 le droit antérieur, la nécessité d'une poursuite collective
 en le transformant en une *exceptio plurium litisconsortium*
 de caractère purement dilatoire. Le caractère corporatif
 de la communauté procédurale germanique se trouvait
 ainsi ramené aux formes classiques de la corréalité (6).

Quoi qu'il en soit, l'institution ainsi tronquée n'en per-
 sista pas moins à se maintenir victorieusement contre
 l'initiative des Pandectistes (7). Au cours du xix^e siècle,

1. Goslar, Statuten '84, 30 ; Schmidt, *Handelsgesellschaften* (*Gierke's Untersuchungen*, p. 60, 69 et 71).

2. Planck, *Gerichtsverfahren im Mittelalter*, I, p. 391.

3. Kaunengieszer, *Die Prozesshindernde Einrede*, p. 43.

4. Heusler, *op. cit.*, I, p. 243. Voir pour l'ancien droit de Hanovre, Schmidt, *op. cit.*

5. C. 3, 40, 1.

6. Lux, *op. cit.*, p. 14 ; Danz, *Grundsätze des ordentlichen Pro-
 zesses*, 5^e éd., § 40 ; Cf. Wachenfeld, *Die notwendige Streitgenos-
 senschaft*, p. 13.

7. Suarez rapporté par Forster-Eccius, *Preuss. Privatrecht*, 7^e éd.,
 § 271.

Planck s'ingénia à en souligner le caractère national en même temps qu'il en réclamait une consécration législative qui lui restituerait son véritable caractère de moyen au fond (1).

C'est bien dans ces conditions que la communauté procédurale obligatoire (*Notwendige Streitgenossenschaft*), après avoir été accueillie par l'*Allgemeines Landrecht* prussien (2) et l'ordonnance sur la procédure civile du Hanovre (3), finit par trouver place dans l'ordonnance sur la procédure civile de l'empire allemand (4).

Actuellement, cette communauté procédurale forcée se distingue de la communauté procédurale ordinaire (*Einfache Streitgenossenschaft*) en ce sens qu'elle ne se résout pas en une juxtaposition de procès individuels réunis en vue d'un résultat pratique (5) mais qu'elle constitue un litige unique dans lequel l'autonomie des prétentions individuelles s'évanouit. Chacun des intéressés peut, il est vrai, agir dans l'intérêt commun par exemple pour sauvegarder au profit de tous l'existence d'un délai ou d'un terme (6); mais tout acte défavorable à l'intérêt collectif (compromis, acquiescement, désistement, prestation de serment, etc...) ne peut être effectué que par l'unanimité des consorts (7).

1. Planck, *Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozessrecht*, passim.

2. *A. L. R.*, § 320. I. 44; § 210. I. 43; § 429. I. 6.

3. Ordonnance du 8 nov. 1850, § 33.

4. § 62 de la *Z. P. O.* Sur cette évolution assez compliquée, voir un bon résumé dans Salz, *Beiträge zur Lehre der Erbenhaftung*, Diss., Erlangen, 1909, nos 28 à 39.

5. *Z. P. O.* §§ 59, 60 et 61.

6. § 62 de la *Z. P. O.*

7. § 472, n° 4 de la *Z. P. O.* Pour plus de détails voir Fitting, *Zivilprozess*, § 75.

Dans ces conditions, il y a lieu de se demander quelle est la nature du moyen que le cohéritier allemand invoque contre son adversaire lorsqu'il lui oppose l'existence d'une *notwendige Streitgenossenschaft* ?

Ce moyen n'est plus, comme dans le très ancien droit allemand, un obstacle à la continuation du procès en raison de l'absence complète de droit de l'adversaire (1) ; il constitue une exception par laquelle on reproche au demandeur de réclamer une prestation supérieure à celle à laquelle il a droit. En d'autres termes, il s'agit ici d'une *exceptio plurium litis consortium* qualifiée dont les effets sont suffisamment énergiques pour en faire un moyen de défense infiniment plus efficace qu'une simple exception personnelle (2).

Nous venons de retracer les grands traits de la communauté procédurale forcée du droit allemand. Il nous reste à examiner si cette institution est applicable à la communauté d'héritiers.

A défaut de textes particulièrement laconiques, les civilistes allemands ne font aucune difficulté pour le reconnaître. Il convient de remarquer au surplus que la communauté procédurale forcée n'est que la mise en œuvre sur le terrain procédural du principe de la *Gesammte Hand* sur lequel repose la communauté d'héritiers du droit germanique (3).

Toutefois, il importe de distinguer. L'application de la *Streitgenossenschaft* ne souffre aucune difficulté quand il

1. Wetzel, *System des ordentl. Zivilprozesses*, p. 831.

2 Wachenfeld, *op. cit.*, p. 21 ; Gaupp-Stein, *Civilprozessordnung*, § 62, III.

3. Planck, 5^e éd., V, p. 247.

s'agit d'une action exercée par les tiers contre les cohéritiers considérés soit comme débiteurs solidaires, soit comme débiteurs en main commune (1); dans ce cas, il est certain que l'action exercée isolément par le créancier commun contre l'un des cohéritiers est absolument inefficace (2).

Il en est autrement lorsque l'action est intentée par un cohéritier contre un tiers à l'indivision. Dans ce cas, l'autonomie des actions individuelles réapparaît (3) dans la mesure où le § 2039 du *B. G. B.* autorise le cohéritier à exercer pour le tout les droits qui constituent des *Ansprüche* (4) au sens technique du mot, sauf à en demander le paiement au profit de la collectivité des cosuccesseurs.

Sous la réserve de cette exception, le *litis consortium necessarium* est le régime obligatoire de l'activité procédurale des cohéritiers allemands. Il subsiste jusqu'au jour du partage mais s'évanouit alors car il trouve dans la *Gesamnte Hand* à la fois sa raison d'être et ses limites (5).

Cette conception de la *notwendige Streitgenossenschaft* du droit allemand se retrouve avec des traits sensiblement analogues en droit autrichien (6).

1. § 747 *Z. P. O.* et 2039 du *B. G. B.*; Seuffert, *op. cit.*, remarque 6 sur le § 62 de la *Z. P. O.*; Salz, *op. cit.*, p. 43, prétend cependant que la *Notwendige Streitgenossenschaft* n'existe qu'en tant que les cohéritiers sont tenus comme débiteurs en main commune.

2. *Absolvitur in instantia*, Binder, *op. cit.*, III, p. 75.

3. Planck, *op. cit.*, V, p. 263 et les références.

4. Cette expression ne concerne pas toutes les prérogatives patrimoniales mais simplement les droits à une prestation.

5. Josef, *op. cit.*, p. 187; *Oberlandsgericht für Bayern*, VIII, p. 168; Cf. Lux, *op. cit.*, p. 54; Gaupp-Stein, *op. cit.* sur le § 62, rem. 3.

6. *Z. P. O.* autrichienne, § 11, n° 1; Pollack, *System des österreich. Zivilprozessrechts*, § 32, note 2; Berszer, *Streitgenossens-*

Les commentateurs du Code civil suisse prétendent également rattacher à la *Gesammte Hand* la notion d'ins-
tance collective dont ils estiment faciliter le mécanisme
par un système de représentation juridique légale (1).

chaft und Zuständigkeit (*Allgem. österr. Gerichtszeitung*, 1899.
p. 355).

1. Wieland, *op. cit.*, IV, p. 51 ; Escher, *op. cit.*, III, p. 276.

TITRE V

DE L'EXTINCTION DE LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS

La communauté d'héritiers est, en principe, dépourvue de toute affectation et elle n'existe que pour se dissoudre par une liquidation du passif et une répartition de l'actif entre les héritiers. Aussi conçoit-on que sa dissolution puisse se réaliser à tout moment et qu'elle ne dépende pas, ainsi que celle des sociétés ou des associations, de la réalisation d'un événement déterminé prévu par la loi ou par la volonté des parties (1).

Remarquons au surplus que cette communauté héréditaire n'ayant qu'un caractère occasionnel ne peut être rétablie après sa dissolution (2).

Sous le bénéfice de ces observations, il convient d'étudier sommairement les causes qui peuvent entraîner la dissolution de la communauté d'héritiers.

La communauté d'héritiers a été définie par nous au début de cette étude comme étant celle qui existe spontanément entre plusieurs ayants droit à un actif successoral non partagé.

Nous pouvons déduire des éléments de cette définition que la communauté successorale peut disparaître en rai-

1. Staudinger, *op. cit.*, § 2032, I, 3.

2. Herzfelder sur Staudinger, *op. cit.*, § 2042, 4.

son de quatre causes bien distinctes (1) : la cessation de la pluralité d'ayants droit, l'absence ou l'épuisement d'un actif à partager, la transformation de la communauté héréditaire en une autre communauté d'un régime juridique différent et, enfin, le partage de l'actif commun.

1. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Société*, n° 549. Voir aussi Pothier, *Société*, n° 493.

CHAPITRE PREMIER

Cessation de la pluralité d'ayants droit.

Il est évident que si les divers ayants droit à la succession se réduisent à un seul, la communauté disparaît. Autrement dit, la consolidation des quote-parts héréditaires sur la tête d'un seul cosuccesseur entraîne nécessairement la dissolution de la communauté d'héritiers.

Ce résultat peut avoir un caractère rétroactif (1), par exemple s'il s'agit d'un droit d'accroissement corrélatif à une renonciation ou à une déclaration d'indignité. Il convient même de reconnaître que, dans ce cas, il y a plutôt une disparition rétroactive qu'une véritable cessation de la communauté.

Par contre, la dissolution peut se produire sans effet rétroactif et constituer alors une véritable cessation de la communauté. C'est ce qui se produira soit à la suite de certaines opérations juridiques accomplies volontairement par les cohéritiers telles que les cessions de quote-parts héréditaires effectuées au profit de l'un d'eux (2), soit en rai-

1. Ricci, *op. cit.*, IV, 496; Piola, *Azioni ereditarie*, p. 625.

2. Dans ce cas la cession a pour effet de faire disparaître la communauté d'héritiers par suite de la suppression de la pluralité d'ayants droit.

La jurisprudence estime cependant que l'opération doit être assimilée à un véritable partage (Aubry et Rau, § 625, notes 7 à 10) alors cependant qu'il est bien évident qu'elle a précisément pour but d'éviter le partage. Il est juste de reconnaître d'ailleurs que les tribu

son de causes indépendantes de leur volonté, par exemple au cas de succession d'un cohéritier à ses consorts décédés.

Toutefois, il importe de remarquer avec soin que la condition de la pluralité d'ayants droit à laquelle est subordonnée l'existence d'une communauté successorale n'implique nullement l'existence d'une pluralité d'héritiers. Certes, à Rome, l'*actio familiæ erciscundæ* était éteinte aussitôt que l'un des cohéritiers avait cédé sa part à un tiers (1). Mais la communauté successorale actuelle n'est plus, sauf peut-être en droit anglais (2), une communauté *intuitu personæ* et elle n'a plus aujourd'hui qu'un caractère strictement patrimonial. L'on comprend donc que la faillite de l'un de ses cosuccesseurs n'entraîne plus sa dissolution (3).

naux ont limité l'application de cette règle singulière en la restreignant aux seuls cas où la cession fait cesser l'indivision à l'égard de tous les cohéritiers. Cass. 2 fév. 1915, D. 1920. I. 99. Voir à ce sujet Aubry et Rau, *loc. cit.*, notes 41 et s.

1. Brinz, *Pand.*, III, p. 276, n° 23.

2. En Angleterre, l'aliénation de la part d'un cohéritier au profit d'un tiers a pour effet de transformer la *coparcenary* en *tenancy in common*; Campbell, *Principles of law*, p. 441.

3. Laurent, *op. cit.*, n° 442. Il en est autrement en droit suisse. En ce sens les articles 343 et 344 du Code fédéral (Escher, *op. cit.*, III, p. 278).

CHAPITRE II

Absence d'actif à partager.

La communauté héréditaire n'est pas une institution sociale comme la communauté conjugale qui possède par elle-même la valeur d'une institution et qui peut s'ouvrir avec une caisse vide (1). Bien que la maxime romaine *hereditas sine illo corpore juris intellectum habet* puisse être encore invoquée aujourd'hui, il est impossible de concevoir une communauté héréditaire sans actif (2).

En réalité, la communauté successorale est un organisme de répartition qui doit nécessairement s'évanouir quand il n'existe pas ou qu'il n'existe plus de valeurs à répartir.

Ce résultat peut se produire dans plusieurs hypothèses. Il se réalisera, tout d'abord, lorsque le défunt n'aura laissé absolument aucun actif, ce qui n'est, reconnaissons-le, qu'une hypothèse théorique.

Il se présentera également lorsque l'actif successoral aura disparu. Cet épuisement de l'actif successoral ne se conçoit guère au point de vue matériel mais il peut s'imaginer parfaitement au point de vue juridique. C'est ainsi que l'actif héréditaire pourra s'être trouvé complètement absorbé par le paiement des dettes, soit que ce paiement

1. Kretschmar, *Das Erbrecht des B. G. B.*, 2^e éd., p. 593. Comp. Binder, *op. cit.*, III, p. 224.

2. Kress, *op. cit.*, p. 25 s.

procède de l'initiative des cohéritiers, soit qu'il ait été réalisé à la suite d'une procédure de liquidation collective telle que la faillite ou l'administration successorale des législations germaniques.

Enfin, l'actif commun peut également disparaître lorsqu'il a été usucapé par un tiers ou par l'un des cohéritiers.

Comment peut-on concevoir cette prescription acquisitive de l'hérédité alors que celle-ci ne peut être dans son ensemble l'objet d'une prescription au sens de l'article 2228 du Code civil (1) ? Remarquons en premier lieu que l'ancien droit avait déjà considérablement élargi la notion de possession (2) et qu'il l'avait étendue à l'hérédité. La légitimité de cette conception fut reconnue lors des travaux préparatoires du Code Civil (3) et la notion de possession ne cessant de s'étendre (4), il n'y a plus de difficultés aujourd'hui pour l'appliquer aux universalités juridiques telles que l'hérédité (5).

Il s'ensuit que l'on peut désormais acquérir l'hérédité par la prescription trentenaire (6) dont l'article 816 du Code civil prévoit une application particulière (7).

1. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescriptions*, n° 202.

2. Pothier, *Traité de la Poss.*, n° 38 ; Ordonnance de 1667, titre 18, art. 1.

3. Fenet, *op. cit.*, XV, p. 600.

4. Ravail, *Sur l'idée juridique de l'objet de la possession* (*Rev. gén. de droit*, 1900, *passim*).

5. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, p. 164, note 3.

6. Cass. 28 fév. 1881, S. 1881. I. 343 ; Cass. 20 juin 1898, D. 1899. I. 441, note Capitant et S. 1899. I. 513, note Wahl. Cf. Baudry-Lacantinerie et Tissier, *op. cit.*, n° 586. Voir les distinctions proposées dans Bufnoir, *Propriété et Contrat*, p. 195.

7. Cass. 12 déc. 1876, S. 1879. I. 452.

Dans ces conditions, il semble bien que l'état d'indivision ne soit pas un obstacle légal à la prescription bien que l'on ait voulu quelquefois réserver le bénéfice de cette prescription aux tiers et même aux cessionnaires d'hérédité et la refuser au cohéritier lui-même en raison du caractère collectif de sa possession qui ne pourrait servir de titre à l'acquisition d'une propriété exclusive (1). Dans tous les cas, il est certain que s'il s'agit d'un cohéritier, celui-ci rencontrera dans le caractère équivoque de sa possession les plus grands obstacles lorsqu'il voudra établir la preuve d'une possession exclusive susceptible de le conduire à la prescription (2).

1. Bufnoir, *op. cit.*, p. 312 s.

2. Em. Lévy, *Rev. trim. Droit civil*, 1908, p. 180; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 622, notes 7 à 11. Voir cependant Cour de Nancy, 9 nov. 1921, *Gaz. Palais*, 1922, I, p. 223.

CHAPITRE III

Transformation de la communauté héréditaire en une communauté juridique d'un régime juridique différent.

La communauté héréditaire peut disparaître en se transformant en une autre communauté soumise à un régime juridique différent.

Il ne faut pas en conclure, ainsi qu'on l'a quelquefois soutenu en Allemagne, qu'une telle transformation du régime de la communauté doive impliquer nécessairement un déplacement de propriété (1). Une telle opinion ne peut en effet reposer que sur une illusion puisqu'il est évident qu'il ne peut y avoir changement de propriété sans changement de propriétaire. En d'autres termes, les modifications auxquelles nous faisons allusion ne concernent pas une question d'attribution de propriété mais simplement de régime de propriété ou, comme l'on dit Outre-Rhin, de but juridique de la propriété (*Sonderzweck*) (2).

Sous la réserve de cette observation, il faut bien reconnaître que la communauté héréditaire peut disparaître assez facilement dans la mesure où elle se transforme en une autre communauté obéissant à des principes juridi-

1. Kaufmann, *Eigentum am Gesellschaftsvermögen*, p. 70.

2. Wirth, *op. cit.*, p. 95.

ques différents (1). A cet égard, l'on peut concevoir que la communauté héréditaire puisse se transformer en communauté ordinaire ou en société (2).

I. La communauté d'héritiers peut tout d'abord se transformer en communauté ordinaire, c'est-à-dire en communauté conventionnelle. Ce résultat peut se produire d'une triple façon : par une convention d'indivision, par l'adjudication à plusieurs héritiers d'un bien héréditaire licite et enfin par le maintien dans l'indivision de certains biens particuliers au moment du partage de la succession.

1° Nous n'insisterons pas longtemps sur la convention d'indivision par laquelle les cohéritiers s'interdisent pendant un certain temps d'exiger le partage de la masse commune. Qu'il nous suffise de rappeler ici que cet acte est suffisamment grave pour que l'on estime généralement qu'il ne saurait être opposé aux créanciers des cohéritiers qui peuvent invoquer à leur profit des constitutions d'hypothèques antérieures à la convention (3). Toutefois, il ne s'agit pas ici, à proprement parler, d'une convention ayant véritablement pour objet de modifier le régime de la communauté héréditaire (4) ainsi que l'assiette des droits fractionnaires que les cohéritiers possèdent dans

1. Von Tuhr, *Allg. Teil des Bürg. Rechts* dans le *Binding's Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft*, p. 353; Planck, *op. cit.*, § 2042, 2.

2. Mugdan, *op. cit.*, V, p. 357.

3. Aubry et Rau, § 622, note 5; Von Seeler, *Der Entwurf des russischen Zivilgesetzbuchs*, p. 151 sur le § 829.

4. Cependant lorsqu'à une convention d'indivision a été jointe la désignation de l'un des cohéritiers comme administrateur, celui-ci n'est plus passible des peines du recel, Cass 15 déc. 1902. D. 1903, I. 609.

l'actif commun; la convention d'indivision n'a pour effet que de reculer la date de l'exigibilité du partage.

2° Toute autre est la situation au cas de licitation à plusieurs héritiers. Si un bien indivis est adjugé simultanément à plusieurs successeurs, ceux-ci se trouvent encore dans l'état d'indivision. Mais cette indivision a perdu le caractère héréditaire et n'est plus qu'une indivision conventionnelle ordinaire (1).

La jurisprudence a longtemps hésité avant de préciser quel était le véritable caractère de la licitation à plusieurs héritiers. Finalement, elle a décidé que cette licitation n'avait qu'un effet translatif et qu'elle devait être soumise au droit de transcription à moins qu'elle n'apparaisse comme une opération préliminaire du partage définitif dont elle emprunte, dans ce cas, le caractère déclaratif (2).

Remarquons toutefois que, quel que soit le caractère déclaratif ou translatif que l'on reconnaisse à l'opération dans les rapports des cohéritiers adjudicataires avec les autres cosuccesseurs, il n'en est pas moins vrai que ces cohéritiers se trouvent, en ce qui concerne leurs rapports mutuels, dans une communauté juridique tout à fait différente de la communauté héréditaire. Cette communauté est une communauté conventionnelle au même titre que le serait celle portant sur un objet qu'ils auraient acquis en commun dans la succession d'un tiers.

Cette différence de régime s'explique aisément. En

1. Cass. 3 déc. 1913, S. 1914, Somm. I, 23; Nancy, 7 juillet 1896, S. 1897. II. 423; Marseille, 4 juillet 1906, Jur. civ. Marseille, 1907, 39.

2. Colin et Capitant, *op. cit.*, III, p. 495; Cass. 11 janv. 1909, D. 1909. I. 81, note Planiol et S. 1912. I. 49, note Wahl. Voir aussi Cass. 9 nov. 1903, *Pand.*, 1905. I. 374, note J. Aubin.

effet, le droit de chaque héritier sur le bien adjudgé était indéterminé jusqu'au jour du partage de la succession. Par le fait volontaire de l'adjudication, ce droit se transforme en une quote-part parfaitement déterminée et définitive. Le bien commun a été remplacé dans la masse par le prix d'adjudication ; lui-même a cessé d'être soumis au régime de l'*actio familiæ erciscundæ* et ne relève plus que que de l'*actio communi dividundo*. De cette profonde altération dans la structure de la communauté du fait de l'adjudication d'un bien indivis à plusieurs successeurs, résultent une série de conséquences importantes au sujet de la compétence (1), du retrait successoral qui ne peut plus être exercé (2), de l'application de l'article 2205 du Code civil (3) ainsi que des droits d'enregistrement (4) et de la faculté d'exiger le partage (5).

3° Enfin, c'est encore une communauté ordinaire qui succède à la communauté successorale lorsque les héritiers, tout en partageant la succession, ont décidé de laisser dans l'indivision quelques-uns des biens qui en font partie pour en jouir désormais en simples communistes. Ici encore, il se produit une novation dans la qualité des ayants droit dans la mesure où, en ce qui concerne les

1. Trib. Lyon, 25 août 1883, *Gaz. Palais*, 1863. II. 329 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, n° 2362.

2. Cass. 14 déc. 1908, S. 1908. I. 497, note Lyon-Caen ; Chartres, 7 mai 1902, *Gaz. Trib.*, 14 sept. 1902 ; Cf. Cass. 8 nov. 1882, S. 1883. I. 125 qui s'explique, il est vrai, par des considérations d'espèce.

3. Liège, 23 janv. 1834, S. 1834. II. 683.

4. Garnier, *Rép. de l'Enregistrement*, 5^e éd., v° Partage, n° 12386, § 1.

5. Cass. 15 mai 1899, S. 1900. I. 94 ; Cass. 23 janv. 1901, D. 1901. I. 278.

biens en question, ceux-ci cessent d'être des cohéritiers pour devenir des communistes ordinaires (1).

Cette novation se produit toutes les fois que les cohéritiers en ont manifesté l'intention expresse (2) et sans qu'il soit nécessaire à cet effet d'un engagement réciproque de leur part d'affecter le bien resté indivis à une destination spéciale (3). Elle entraîne des conséquences absolument analogues à celles que nous avons signalées au sujet de la licitation à plusieurs héritiers (4).

II. La communauté héréditaire peut également disparaître dans la mesure où elle se transforme en société.

Ce phénomène juridique eut autrefois une importance considérable. Qu'il nous suffise de rappeler à ce sujet l'histoire de ces sociétés taisibles qui s'établissaient par le seul fait de la vie en commun pendant l'an et jour. Les codifications du XIX^e siècle ne se montrèrent guère favorables à ces sociétés spontanées et l'article 1834 de notre Code civil, en particulier, ne fait que reprendre en les aggravant, les dispositions de l'ordonnance de Moulins en exigeant un écrit pour établir la preuve de tout acte de société dont l'objet a une valeur de plus de 150 fr. (5).

Le législateur actuel est inspiré par des idées un peu différentes (6) et il semble que l'on commence à reconnaître l'importance sociale de ces associations de famille (7)

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 590, note 4.

2. Demolombe, XV, n° 633.

3. Cf. Ducaurroy, Bonnier et Roustaing, *op. cit.*, II, n° 660.

4. Cass. 11 mai 1807, S. 1807. I. 267 ; Paris, 22 nov. 1838, S. 1839. II. 240 ; Trib. Lyon, 25 août 1883, *Gaz. Palais*, 1883, II, 329 ; Caen, 8 mars 1897, *La Loi*, 7 avril 1897.

5. Fenet, XIV, p. 406.

6. Demogue, *Rev. trim.*, 1907, p. 611.

7. En ce qui concerne les législations diverses concernant le bien

que le nouveau code fédéral suisse n'a pas hésité à encourager formellement.

Comment peut donc s'effectuer cette transformation de la communauté héréditaire en société ? Il convient de distinguer à ce sujet les sociétés universelles et les sociétés particulières.

1° Une indivision successorale ne peut plus aujourd'hui se transformer par le seul fait de la durée en société familiale. Les communautés taisibles n'existent plus. Quel qu'ait pu être le temps pendant lequel les cosuccesseurs sont restés dans l'indivision, ils ont toujours le droit d'exiger le partage *ad nutum*. Telle est la portée profonde des articles 815 et 816 de notre Code civil. L'association de famille qui de nos jours est encore assez fréquente en Italie (1) ne se présume plus ; elle doit reposer sur la convention expresse de tous les intéressés (2).

2° A l'égard des sociétés particulières, la question est plus délicate. Dans quelle mesure, les cohéritiers propriétaires d'une valeur indivise particulière peuvent-ils devenir des coassociés à l'égard de cette valeur ? L'intérêt de la question est considérable au point de vue de l'application de la règle « nul ne plaide par procureur », de la compétence, de la faillite, des conditions de fond et de forme de la cession des parts des ayants droit, mais sur-

de famille, les maisons à bon marché, voir Cosentini, *La réforme de la législation civile*, p. 413 s. Voir aussi au sujet de la législation de guerre, l'article 40 de la loi du 17 avril 1919 sur les dommages de guerre.

1. Vadale Papale, Congrès de Milan, *op. cit.*, p. 49 ; Paterno-Castello, *La comunione dei beni*, p. 68.

2. Cass. Rome, 9 avril 1910, *Legge*, 1910, 1051 ; Cf. cependant Cass. Turin, 29 nov. 1898, *Legge*, 39. I. 83 ; Piola, *Ar. ered.*, § 48, p. 593, note 3.

tout de la solidarité qui doit exister entre les associés, tout au moins en matière commerciale (1).

Certes, le simple accord des cohéritiers de rester dans l'indivision ne suffit pas pour constituer une société (2). De même, la convention par laquelle ces cohéritiers décident de confier l'administration de la succession à l'un d'entre eux ne révèle tout au plus qu'une participation occulte (3).

Mais qu'arrive-t-il dans le cas très fréquent où les cosuccesseurs décident de conserver certains biens successoraux dans l'indivision et d'en partager régulièrement les bénéfices. N'est-il pas possible alors de parler de société? (4). Il semble bien, en effet, que cette intention de réaliser en commun des bénéfices est révélatrice de cet *affectus societatis* qui caractérise le contrat de société (5). Cette solution ne paraît guère douteuse lorsque cette intention se sera clairement exprimée (6). Mais cette

1. Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n° 84. En matière commerciale, l'on présume la solidarité. Voir références dans Hémard, *op. cit.*, p. 603, note 1 et 606, note 2.

2. Voir cependant Duranton, XVII, n° 392.

3. Cass. 23 janv. 1901, D. 1901. I. 278; Cass. 28 avril 1903, D. 1903. I. 272; Trib. com. Lyon, 7 déc. 1903, *Journal des sociétés*, 1903, p. 95; Hémard, *Des nullités des sociétés et des sociétés de fait*, p. 191.

4. Cass. 30 nov. 1886, *Pand. franç.*, 1887, I, 1009 et note Labbé; Ramponi, *op. cit.*, § 20; Irving Fischer, *De la nature du capital et du revenu*, trad. franç., p. 117; H. P., *Rép. gén. de la pratique notariale* (revue belge). 1901, p. 337.

5. Demolombe, XV, n° 486; Cass. 30 nov. 1886, D. 1887. I. 49 et note Poncet. Voir également références dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n° 2150, note 3. Voir aussi Cass. 15 mai 1899, S. 1900. I. 94.

6. Metz, 20 déc. 1863, S. 1866. II. 281; Trib. Perpignan, 6 août 1896, *La Loi*, 11 oct. 1896,

volonté à laquelle nous faisons allusion peut-elle être tacite ? Nous nous trouvons en présence de la théorie des sociétés de fait. Il s'agit ici d'une construction juridique récente qui repose sur cette idée que des individus qui réalisent par leur initiative l'apparence d'une société doivent répondre à l'égard des tiers des conséquences de la situation qu'ils ont créée car il ne convient pas que ces tiers puissent se voir opposer le caractère illusoire d'un état de fait à la réalité duquel ils ont fait crédit. C'est ainsi que la théorie des sociétés de fait se rattache assez intimement au système de l'article 1382 du Code civil (1).

En réalité, pour qu'il y ait société de fait, il faut et il suffit qu'il existe des actes d'exploitation parallèles et continus exercés par les communistes dans un intérêt commun (2).

Cette société de fait peut se greffer sur une société régulière. Ce sera le cas, par exemple, dans l'hypothèse où les cohéritiers continuent la société que le défunt avait formée avec un tiers, hypothèse prévue par l'article 1868 de notre Code civil. Dans ce cas, les héritiers du défunt deviennent les associés du tiers survivant comme de véritables associés originaires (3) et seront soumis, en cette qualité, au droit de la faillite (4).

1. Hémard, *op. cit.*, p. 177.

2. Hémard, *op. cit.*, p. 189 et s.

3. Cass. 23 oct. 1906, S. 1906. I. 177, note Hémard ; Bordeaux, 18 nov. 1907, S. 1908. II. 295 ; Cour de Chambéry, 23 mars 1914, D. 1915. II. 35 ; Bonelli, *Sul patto di continuazione della società in nome collettivo cogli eredi di un socio*, Riv. dir. com., 1906. I. 406 et 1904. II. 343 ; Demogue, R. T. D. C., 1915, p. 525 et 526 ; Rocco, *La continuazione della società cogli eredi del socio illimitamente responsabile* (Giur. it., 1901, 4, 1). Voir aussi note Hémard sous S. 1908. I. 179.

4. Cour d'appel de Casale, 14 juillet 1909, *Foro It.*, 1909. I. 1527.

Généralement, la société de fait entre cohéritiers sera originaire et résultera de l'exploitation en commun des valeurs du défunt.

Dans une telle hypothèse, il est certain qu'il n'y aura jamais aucune société, même de fait, entre les cosuccesseurs si l'on ne peut faire la preuve de l'existence dans leurs rapports mutuels d'un certain *affectus societatis* (1).

Mais une fois cet *affectus* dûment établi, doit-on considérer que les cohéritiers se trouvent liés par des rapports de société ? En d'autres termes, la société de fait qui s'établit entre héritiers doit-elle être traitée comme une véritable société ?

Il semble que rien ne s'y oppose puisque dans une telle hypothèse, nous rencontrons les trois éléments essentiels du contrat de société : la désignation des associés, l'objet de l'exploitation et l'indication des apports de chaque participant (2). Il convient cependant de distinguer suivant que l'objet de l'exploitation affecte un caractère civil ou un caractère commercial.

a) En matière civile, l'*affectus societatis* entre cosuccesseurs se rencontre fréquemment. C'est ainsi que dans nos grandes villes et à Paris en particulier les cohéritiers s'entendent bien souvent pour conserver dans l'indivision les immeubles de rapport afin d'éviter la licitation.

Cependant, l'on se heurtera dans tous les cas à la disposition de l'article 1834 qui subordonne à la confection d'un écrit la preuve d'une société dont l'objet à une valeur supérieure à 150 francs. A défaut d'une telle convention

1. Cour de Liège, 28 déc. 1899, *Pas. belge*, 1900, II, p. 219. Voir aussi *Rev. prat. des sociétés civiles et commerciales*, 1902, p. 224.

2. Lacour, note sous D. 1900. II. 329; Lyon-Caen et Renault, *op. cit.*, II, n° 13 s.

expresse, l'intention la mieux caractérisée des parties ne suffira pas pour transformer l'indivision en société (1). La nécessité d'un écrit peut s'expliquer ici car la jurisprudence se montre, par ailleurs, très favorable à ces sociétés entre héritiers lorsque la preuve en est dûment rapportée. C'est ainsi qu'elle les dispense des formalités de l'article 459 du Code civil (2) bien que, d'un autre côté, elle se montre assez rigoureuse au point de vue fiscal, puisqu'elle analyse la convention d'apport en société comme une cession conditionnelle soumise au droit de mutation (3).

b) En matière commerciale, la société de fait ne se heurte plus à la règle de l'article 1834 et il semble que son existence devrait être reconnue plus facilement. Telle est du moins l'opinion qui a prévalu dans la jurisprudence italienne (4) et qui semble avoir trouvé récemment quelque écho dans la jurisprudence française (5).

1. Cass. 23 juin 1904, *Pand.*, 1905. I. 178; Trib. Seine, 31 mars 1865, S. 1865. II. 312; Arrêt Paris, 19 août 1851, S. 1852. II. 209; Trib. Seine, 9 déc. 1899 sous Cass. 18 janv. 1904, S. 1905. I. 147; Trib. Nancy, 29 juillet 1903 sous Cass. 8 août 1906, S. 1907. I. 367; Cf. Cass. 13 vend. an XII, S. chr.; Cass. 14 juillet 1824, S. 1824. I. 342; Angers, 12 juillet 1827, S. 1828. II. 270; Venise, 14 déc. 1897, *Temi Venet.*, 23, 100. Voir aussi Chambéry, 20 fév. 1905, *D.* 1907. II. 119 et Toulouse, 7 mars 1904, *D.* 1904. II. 333.

2. Riom, 2 mai 1907, *Journal des sociétés*, 1908, p. 18 et note Louis Rousset.

3. Arrêt des chambres réunies du 22 déc. 1904, *D.* 1905. I. 209 et note critique de Binet; Wahl, *Traité de Droit fiscal*, nos 553 à 558.

4. Cour d'appel de Venise, 18 sept. 1896, *Tem. Ven.*, 1897, 8; Milan, 5 nov. 1898, *Legge*, 1899, I, 524; Cf. Florence, 4 déc. 1890, *Annali*, 1890, III, 79; Turin, 5 mars 1895, *Giur. it.*, 1895, I, 498.

5. Cass. 28 mars 1892, S. 1893. I. 461; Cass. 30 avril 1900, S. 1902. I. 9; Cass. 7 avril 1909, S. 1909. I. 388; Montpellier, 21 mai 1893, *Mon. Midi*, 25 août 1895; Cf. Cass. 6 nov. 1912, S. 1914. I. 126.

Certes, il faut qu'il s'agisse bien d'une exploitation en commun et non pas de simples mesures de gestion provisoire en attendant le partage (1). Mais, sous le bénéfice de cette réserve, lorsque les héritiers poursuivent l'exploitation du défunt sous le nom de « Héritiers X... » ou de « Frères Y... » et que cette exploitation est régulière et permanente (2), il semble qu'il serait vraiment arbitraire d'exiger un écrit pour appliquer ici les règles de la société. Il faut remarquer d'ailleurs, qu'une société expresse ne serait pas toujours possible pour peu qu'il existe des mineurs parmi les cohéritiers. Dans ce cas, les cosuccesseurs procèdent généralement à un partage provisionnel qui constitue en réalité une véritable société avec exploitation régulière et partage proportionnel des profits et des pertes (3). Lorsque tous les héritiers sont majeurs, ils chargent généralement l'un d'entre eux d'assurer l'exploitation des biens indivis et ce mandat commun suffit pour créer entre les mandants et leur mandataire une véritable solidarité (4).

Les solutions qui précèdent s'expliquent aisément pour peu que l'on consente à reconnaître que le fonds de commerce vit d'une existence propre, indépendante de celle de son titulaire de sorte qu'il survit à la mort de ce der-

1. Trib. civ. Lyon, 1^{er} déc. 1899, *Mon. Lyon*, 29 janv. 1900; Paris, 29 janv. 1909, *Gaz. trib.*, 16 juin 1909. Voir aussi Bordeaux, 6 nov. 1893, D. 1895. II. 38.

2. Un règlement de jouissance alternative ne constitue pas une société, Cass. 4 janv. 1842, S. 1842. I. 231.

3. L'on a voulu quelquefois parler ici de propriété en main commune. En ce sens, Jonescu, *La règle du partage en nature*, thèse Paris, 1911, p. 280, note 1.

4. Bordeaux, 8 avril 1888, *Gaz. Pal.*, 1888, II, 580; Trib. com. Seine, 24 oct. 1906, *Gaz. Palais*, 1907, I, 367.

nier pendant la durée de l'indivision. Cette théorie qui était déjà soutenue par Straccha, Barbosa et d'autres commercialistes italiens du ^{xvii}^e siècle (1) a été reprise récemment.

L'on a invoqué à ce sujet l'antique adage *hereditas personam defuncti sustinet* pour en déduire cette conséquence que la communauté successorale personnifiée continue le défunt dans son exploitation commerciale (2). Il nous paraît plus simple de déclarer que le fonds de commerce constitue une véritable individualité qui subsiste indépendamment des incidents de la dévolution successorale au profit de ceux qui l'exploitent en fait (3).

Un raisonnement analogue peut être étendu au navire au sujet duquel l'on admet que les héritiers du propriétaire constituent une société *sui generis* par le seul fait de leur volonté d'agir en commun afin de réaliser des bénéfices d'armement (4).

Si nous examinons maintenant comment le problème qui nous occupe a été réglé dans les législations germaniques et, en particulier, en droit allemand, nous pouvons

1. Références dans Vivante, *Trattato teorico pratico di diritto commerciale*, 1^{re} éd., p. 234, note 2; Cf. Marquard, *Trattatus politico juridicus de jure mercatorum*, Francfort, 1662, livre IV, ch. I, p. 470.

2. Thaller, *Sur la continuation d'un fonds de commerce par un héritier mineur*, *Ann. dr. com.*, 1900, p. 245 s. En ce sens voir également arrêt intéressant de Caen, 8 mars 1842, S. 1842. II. 337.

3. Valéry, *Maison de commerce et fonds de commerce*, *Ann. dr. com.*, 1902, p. 274, 286 et 299.

4. Lyon-Caen et Renault, *Traité*, V, n° 298; Desjardins, *op. cit.*, II, n° 328; Cass. 27 févr. 1877, D. 1877. I. 214 et conclusions de l'avocat général Bédarride; Aix, 11 déc. 1902, *Rec. Marseille*, 1903. I. 246; Cf. Donnedieu de Vabres, *De la copropriété des navires*, *Ann. dr. com.*, 1907, p. 358 et Boistel, *Traité*, n° 1172.

constater que ces législations distinguent avec soin les hypothèses où l'exploitation du fonds a été continuée sous la raison commerciale du défunt et celles où cette exploitation a été pratiquée sous une nouvelle raison commerciale.

Lorsque l'exploitation a été continuée sous la firme du défunt, il n'y a pas formation de société entre les cohéritiers, d'autant que cette gestion ne peut même pas être interprétée comme entraînant une acceptation pure et simple de la succession (1). Les héritiers sont cependant tenus indéfiniment des dettes commerciales du défunt s'ils laissent expirer un délai de trois mois qui court individuellement pour chacun d'eux à partir du jour où ils ont eu connaissance de l'ouverture de la succession (2).

Si, au contraire, les héritiers continuent l'exploitation du fonds sous une nouvelle firme, il n'y a pas davantage et nécessairement apparition d'une société à condition que l'on ne puisse pas apercevoir dans la conduite des cohéritiers une intention mercantile, mais un simple procédé de gestion intérimaire (3). Dans ce cas, si les cosuccesseurs continuent l'exploitation au delà des limites du délai de 3 mois que nous avons indiqué, leur responsabilité pour les dettes commerciales devient illimitée et l'on présume qu'ils ont eu l'intention de former une société (4).

1. Goldmann, *Festgabe für Richard Wilke*, p. 131 ; Lehmann Ring, *Handelsgesetzbuch*, I, p. 98 ; Cf. Binder, *op. cit.*, III, p. 88, note 144.

2. Nelson, *Die Haftung des Erben eines Handelsgeschäftes für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten*, p. 83. Voir aussi § 27 du Code de commerce allemand.

3 et 4. Staub, *op. cit.*, 135, 1 et 155, 26 ; Düringer-Hachenburg, *Komm. zum Handelsgesetzbuch*, 123, IV.

Signalons, en outre, qu'en ce qui concerne la continuation de l'entreprise commerciale, l'on admet en Allemagne que la majorité peut imposer sa volonté à la minorité (1) mais l'on reconnaît alors aux membres de cette dernière le droit de se soustraire aux conséquences de cette décision en ce qui concerne la responsabilité illimitée (2) qu'elle serait susceptible d'entraîner.

1 et 2. Düringer-Hachenburg, p. 125, VIII ; Lehmann Ring, *op. cit.*, p. 99 ; Staub, *op. cit.*, p. 155 admet même que le cohéritier qui veut continuer l'entreprise peut imposer sa volonté à ses consorts sans que ces derniers puissent se soustraire aux conséquences de la continuation de l'exploitation. Cf. Schultess, *Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 des H. G. B.*, p. 43 ; Planck, *op. cit.* sous le § 2038, 1.

CHAPITRE IV

Le partage de l'actif commun.

Le procédé normal de la dissolution de la communauté d'héritiers est le partage, c'est-à-dire la répartition des valeurs communes entre les divers successeurs.

L'indivision successorale n'est, en effet, qu'un régime précaire qui doit normalement pouvoir disparaître par l'organisation d'une procédure de distribution.

SECTION A. — DU DROIT DE DEMANDER LE PARTAGE.

Chacun des héritiers a le droit de demander le partage et cette faculté lui est reconnue par toutes les législations (1). Il s'agit ici, remarquons-le, d'une prétention à caractère exclusivement patrimonial (2) qui appartient au cohéritier, non pas en tant qu'héritier, mais en tant que participant dans une masse commune. Aussi s'explique-t-on qu'elle puisse se transmettre au cessionnaire de droits successifs. L'on a souvent discuté depuis longtemps la nature juridique de ce droit au partage qui appartient au cohéritier. Certains ont voulu y voir une action *sui gene-*

1. § 2042 du *B. G. B.*, art. 815 C. civ. ; Goubeaux, thèse précitée ; p. 164 ; Campbell, *Principles of english law*, p. 411.

2. Dans la communauté conjugale l'on ne peut réclamer le partage *ad nutum*.

ris (1) où, comme on disait autrefois, une action mixte (2) ; mais cette opinion paraît aujourd'hui abandonnée. D'autres lui ont attribué un caractère réel (3) sans s'apercevoir que ce que le copartageant reçoit dans le partage n'est nullement équivalent au droit qu'il possédait en qualité de copropriétaire. L'on a parlé également d'obligation *ad contrahendum* (4). L'on a invoqué aussi la notion d'une action dirigée par le cohéritier non contre son consort mais contre le juge à fin d'adjudication (5). Il semble bien cependant que le droit de demander le partage implique l'obligation de le subir. Dans ces conditions, ce droit se résoudrait pour le cohéritier dans la faculté de demander à ses consorts un règlement de compte et un allotissement. Cette faculté est donc un véritable droit de créance qui naît du quasi-contrat d'indivision (6).

Ce droit qui est accordé au cohéritier d'exiger le partage *ad nutum* connaît cependant quelques restrictions.

Il comporte, tout d'abord, des limitations légales dans la mesure où, dans des cas exceptionnels, la loi peut l'interdire aux cosuccesseurs (7). Remarquons en outre que le

1. Aubry et Rau, § 746 ; Demolombe, XV, n° 821 ; Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, § 2356 ; Geib, *Die rechtliche Natur der act. com. div.*, p. 27 et 32.

2. Glasson, *op. cit.*, I, n° 238.

3. Brinz, *Pand.*, I, p. 708, n° 17 ; Troplong, *Vente*, II, n° 625 ; Naquet, *N. R. H.*, 1874, p. 248 s.

4. Bekker, *Aktionen*, I, p. 304 ; Cf. Von Seeler, *Miteigentum nach röm. Recht*, p. 155.

5. Windscheid, *Pand.*, II, § 449 ; Cf. Crome, *System*, II, p. 849.

6. Glasson, *op. cit.*, n° 237 ; Binder, *op. cit.*, III, p. 85.

7. § 2043 du *B. G. B.*, art. 603 du Code civil suisse. Voir également Bolognesi, *La successione dei nascituri non concepiti*. Pour notre législation récente sur les habitations à bon marché et sur le bien de famille, voir Aubry et Rau, 5^e éd., § 622, p. 453.

juge a quelquefois le pouvoir d'imposer le maintien de l'indivision dans l'intérêt des communistes (1). Le partage peut être également retardé par suite de la volonté du défunt (2). En outre, il peut être suspendu par suite de l'accord des cohéritiers (3) lorsqu'ils y ont intérêt (4); mais, dans ce cas, le législateur prend généralement la précaution de limiter les effets de ces conventions dans le temps, ce qui constitue une violation manifeste de la liberté individuelle (5). Enfin, l'on admet dans certains cas que le partage peut être retardé sur la demande d'un seul des héritiers, par exemple afin de liquider le passif (6) ou bien lorsque la demande de partage est faite à contre-temps et qu'elle est contraire à l'intérêt commun des cosuccesseurs (7).

1. Pour le droit musulman, voir art. 4072 du Medjellat et l'article 501 de l'avant-projet de codification du Code musulman de M. Morand. Voir aussi loi belge du 16 mai 1900 sur les petits héritages. Cf. à ce sujet Antoine Ernst, *Régime successoral des pettis héritages*, Bruxelles, 1900. Voir également en France Cass. 2 mai 1894, S. 1894. I. 336 et pour la Suisse Bissel et Mentha, *op. cit.*, p. 665 s.

2. § 2044 du *B. G. B.*, art. 984 C. civ. italien et art. 1054 du C. civ. espagnol; Aubry et Rau, § 622, notes 6 et 6 bis.

3. Art. 815 du C. civ.; voir sur l'interprétation de ces conventions Aubry et Rau, *loc. cit.*; cf. art. 684 C. civ. italien, § 749 *B. G. B.*, § 832 C. civ. autrichien.

4. Nast et Donnedieu de Vabres, *Vie juridique du Français*, II, p. 273.

5. Accollas, *Manuel de droit civil*, II, p. 245, note 3.

6. § 2045 du *B. G. B.*, al. 2.

7. § 830 du Code civil autrichien et art. 604 al. 2 du Code civil suisse.

SECTION B. — DU MÉCANISME DU PARTAGE.

Le partage proprement dit comprend en réalité deux opérations différentes qu'il importe de distinguer soigneusement : la liquidation et l'allotissement.

I. La liquidation.

La liquidation des droits des cohéritiers dans la masse consiste dans la détermination de la valeur des parts que chacun d'eux est en droit de réclamer dans l'actif commun.

Elle n'était pas connue du droit romain primitif qui ignorait la notion de masse successorale et qui considérait chaque effet de l'hérédité comme réparti immédiatement et automatiquement entre les ayants droit. Ceux-ci recevaient ainsi dans chacun des objets communs, dès le jour de l'ouverture de la succession, une part réelle ou idéale, dans tous les cas parfaitement déterminée.

Aujourd'hui encore, la dissolution d'une copropriété particulière n'implique aucune liquidation (1).

Cependant, l'extension de la notion de rapport et le développement des relations entre communistes devaient faire apparaître la nécessité d'un règlement de comptes entre héritiers antérieurement à l'allotissement. Dans ces conditions, la part héréditaire théorique cesse de se confondre avec la totalité des parts réelles sur chacune des valeurs héréditaires et l'on peut assister à ce spectacle singulier d'un cohéritier dont la part héréditaire se trouve complètement absorbée par des rapports et qui, en fait, n'a rien à recevoir dans la succession.

1. Art. 975 C. proc. civ. ; Cf. cependant Dijon, 40 avril 1837, S. 1839, II. 421.

Dès lors, la notion de liquidation s'imposait (1). Elle a été très clairement mise en lumière par les jurisconsultes allemands qui distinguent radicalement la liquidation (*Auseinandersetzung*) de l'allotissement (*Teilung*).

Cette liquidation est une condition essentielle de la dissolution volontaire de la communauté d'héritiers (2). Elle ne se confond pas avec le partage, ainsi qu'on l'a prétendu quelquefois (3). Elle n'en est qu'une opération préliminaire (4). Elle consiste dans la détermination des parts suivant lesquelles devra s'effectuer l'allotissement (5).

II. L'allotissement.

L'allotissement consiste dans la répartition de l'actif successoral conformément aux données du plan de liquidation.

C'est lui qui, en réalité, constitue l'opération essentielle du partage (6) bien que ce dernier puisse ne pas toujours coïncider, en fait, avec la cessation immédiate de l'indivision (7).

1. Kretschmar, *Das Erbrecht des deuts. B. G. B.*, 2^e éd., p. 617. Toutefois, il n'y a pas lieu à liquidation lorsqu'il n'y a pas de rapport ou de prélèvement à effectuer, Cass. 22 juillet 1884, S. 1886. I. 344.

2. Elle s'impose, en particulier, au cas où la succession a fait l'objet de partages partiels successifs, Cass. 11 juillet 1921, D. 1921, Chronique, p. 25.

3. Grenoble, 6 juin 1826, Sir. chr.; Chambéry, 11 déc. 1907, S. 1908. II. 190. Voir cependant au point de vue de la conception de la liquidation en droit fiscal Cass. 12 janvier 1914, D. 1914. I. 197 et note Malepeyre.

4. Cass. 3 fév. 1879, D. 1879. I. 227. La Cour de Cassation décide qu'il s'agit ici d'une question de fait réservée aux juges du fond, Cass. 6 nov. 1896, *Gaz. Palais*, 1897, I, 5; Cass. 9 nov. 1896, D. 1896. I. 552.

5. Léop. Schäfer, *Die Beendigung der Erbengemeinschaft*, p. 26.

6. Trib. Seine, 5 mars 1909, *Gaz. trib.*, 1^{er} oct. 1909.

7. Note Planiol sous D. 1909. I. 81.

Cet allotissement peut s'effectuer de diverses façons et l'on sait que l'on distingue généralement à ce sujet le partage en nature, le partage avec soulte et la licitation.

L'allotissement en nature, seul, respecte le principe d'égalité qui doit régner entre les communistes. Le partage avec soulte n'est un véritable allotissement que dans la mesure où la soulte est fournie au moyen de valeurs successorales ; sinon, il n'est qu'une aliénation déguisée (1). Quant à la licitation, elle ne peut constituer un allotissement que dans la mesure où elle est prononcée au profit d'un cohéritier. Encore faut-il tenir compte à cet égard, de la tendance de la jurisprudence contemporaine à reconnaître que la licitation n'est généralement qu'une opération préliminaire du partage qui a pour objet de substituer au sein de la masse indivise la valeur du bien licité au bien lui-même.

L'allotissement est une opération compliquée accompagnée fréquemment d'une procédure minutieuse sur laquelle nous n'avons pas à insister. Elle suppose, sous sa forme la plus simple, l'établissement de lots et leur tirage au sort. C'est ce tirage au sort qui, en fixant le point de départ de la jouissance divise, marque le moment où se disloque véritablement la communauté d'héritiers (2).

Cette procédure d'allotissement avait été confiée par les Romains à un *judex* dont les fonctions avaient un caractère nettement arbitral car ses pouvoirs très étendus ne

1. Voir en ce sens l'esprit suggestif de notre droit fiscal. Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 2, art. 69, § 5, n° 7 et § 7, n° 5.

2. Lyon, 17 janv. 1859, S. 1859. II. 229 ; Demolombe, XV, n° 668 *bis*. Cependant, le notaire liquidateur peut, sous contrôle du tribunal, fixer une autre date pour le début de la jouissance divise. Cass. 28 avril 1890, S. 1893. I. 517.

s'inspiraient que de l'équité (1). Le droit germanique qui avait également confié au juge la direction de la procédure du partage avait pris soin de lui enlever tout pouvoir arbitral. Le juge devait juger non d'après l'équité mais d'après le droit (2). Notre droit français qui, en cette matière, est issu du droit romain, crut cependant nécessaire de se soumettre, lui aussi, au principe de légalité. La liquidation est généralement confiée à un notaire mais ce dernier ne doit pas liquider d'après ses conceptions personnelles, mais d'après les prescriptions de la loi (3).

L'allotissement peut porter sur toute l'étendue de la succession mais il peut n'affecter que certaines valeurs héréditaires. Certes, le caractère d'universalité de l'hérédité (4) aurait dû entraîner comme conséquence le principe du partage unique et s'opposer à la validité du partage partiel (5). Cependant, celle-ci a été reconnue pour des raisons d'ordre pratique, aussi bien en France (6) qu'en Italie (7) et en Allemagne (8) (*Sukzessivausinandersetzung*).

1. Windscheid, Kipp, *Pand.*, éd. 1906, III, p. 500.

2. Weiszler, *Das Deutsche Nachlassverfahren*, p. 405, n° 9.

3. Voir à ce sujet au point de vue de l'évolution du droit comparé, Kurt Betzhold, *Die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft*.

4. Déjà, à Rome, l'*actio familiæ erciscundæ* ne pouvait être exercée qu'une fois (D. 10, 2, 20, 4).

5. Nast et Donnedieu de Vabres, *Vie juridique du Français*, II, 287, note 1; Maynial, note sous S. 1888. I. 428, col. 3; Angers, 11 mars 1895, *Rec. Angers*, 1895, 49; Riom, 16 fév. 1882, S. 1883. II. 221. Voir aussi Betzhold, *op. cit.*, p. 115.

6. Références dans Aubry et Rau, *op. cit.*, § 623, note 5 bis et § 625, note 6.

7. Cass. Palerme, *Circolo*, 1902, I, 279.

8. Planck, § 2041, n° 4. Mais il faut l'assentiment de tous les cohéritiers.

L'on va même si loin en ce sens que l'on estime que le partage partiel produit des effets aussi définitifs qu'un partage global. Il en résulte que si, lors du partage final, l'on s'aperçoit que les attributions faites à l'un des cohéritiers excèdent sa part dans la masse, ce cohéritier n'est pas tenu de restituer les biens dont il a été loti mais devient simplement débiteur, vis-à-vis de ses consorts, d'une somme égale à la valeur de cet excédent d'attributions (1).

Mais lorsqu'un partage partiel vient à être effectué, les biens qui restent indivis continuent-ils à rester l'objet d'une communauté héréditaire ou deviennent-ils la base d'une communauté nouvelle à caractère conventionnel (2)? Il semble qu'il faille, à cet égard, s'en référer uniquement à l'intention des parties (3).

Reste à déterminer quel est le véritable caractère de l'allotissement. Le droit romain y voyait un acte translatif de propriété. Nous savons que cette opération a pris, en France, un caractère déclaratif (4) considéré tout d'abord comme une fiction mais qui apparaît aujourd'hui comme une conséquence nécessaire soit d'une condition implicite (5), soit plutôt de l'indétermination dont sont affectés

1. Cass. 11 juillet 1921, Dalloz 1921, Chronique, p. 25.

2. Aubry et Rau, § 590, note 4.

3. Kretschmar, *op. cit.*, p. 635, note 4; Planck, § 2047, 3; Binder, III, p. 228; Kress, p. 25 et 204. Dans le sens de la transformation inévitable de la communauté héréditaire en communauté ordinaire, voir Dernbürg, *op. cit.*, § 178, rem. 12 et Léonhard, *op. cit.*, rem. 1, D. sur le § 2060.

4. En droit musulman, le partage n'est déclaratif que lorsque l'attribution des lots est faite par voie de tirage au sort. Voir à ce sujet Morand, *Avant-projet de Code de droit musulman algérien*, art. 378.

5. Planiol, *op. cit.*, III, n° 2379.

les droits du cohéritier pendant l'indivision. Le partage déclaratif est donc un contrat qui réagit contre les tiers et ceux-ci ne sont pas fondés à en repousser les effets puisqu'ils ont connu l'état d'indivision qui le précédait (1).

Avouons cependant que cette théorie du partage déclaratif est contraire à la nature des choses. Elle implique la négation d'un fait indiscutable : l'existence de l'état d'indivision qui s'imposait aux cohéritiers.

Une telle conception aboutit à cette conséquence que le cohéritier alloti est considéré comme ayant été seul propriétaire des objets mis dans son lot depuis l'ouverture de la succession. Ceci est manifestement une contre-vérité.

Le partage nous apparaît en réalité comme un acte translatif, mais la translation de propriété ne s'effectue pas de cohéritier à cohéritier comme le voulait la doctrine classique, mais d'une communauté organique à un sujet de droit particulier (2), c'est-à-dire de la communauté des héritiers à l'un d'entre eux.

C'est dans le sens de cette opinion que semblent se ranger les jurisconsultes allemands qui estiment que le partage n'est, en définitive, qu'une aliénation (*Veraüßerung*) au sens le plus large du mot (3).

1. Desserteaux, *op. cit.*, p. 403.

2. Van Biervliet, *Rev. prat. not. belge, op. cit.*, p. 264; Luzzatto, *op. cit.*, p. 155.

3. Planck sur le § 104, IX, 4; Kretzschmar, *op. cit.*, p. 619; Kress, p. 237, rem. 6. Cf. dans le sens de l'effet rétroactif, Weizler, *Das Deutsche Nachlassverfahren*, p. 422. L'on a soutenu, en Allemagne, que le partage s'effectuait par une aliénation des parts indivises au profit d'une masse idéale et par une rétrocession par cette masse des objets divis au profit des divers successeurs. Dans le sens de cette conception compliquée, voir Lammfromm, *Teilung, Darlehn, Auflage und Umsatzvertrag*, p. 236.

TITRE VI

LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS ET LE CONFLIT DES LOIS

Lorsque l'on veut examiner le problème de la communauté d'héritiers en droit international privé, il convient de remarquer que certaines législations distinguent le régime de la liquidation de celui de la répartition de la succession tandis que d'autres soumettent cette liquidation et cette répartition à un régime unique.

1. Le premier groupe législatif est constitué par les coutumes anglo-saxonnes. L'on sait que ces dernières ne connaissent qu'une succession à l'actif net. Il en résulte que lorsqu'une succession est dévolue à plusieurs héritiers, la liquidation s'effectue d'abord et ce n'est que le reliquat de l'actif disponible qui est distribué entre les ayants droit.

La liquidation s'effectue abstraction faite de toute considération de droit successoral. Il s'ensuit que les biens du défunt se trouvent alors soumis à un régime d'administration particulier. La loi applicable est donc la loi qui gouverne le régime des biens et non pas celle du domicile du défunt. En matière de procédure, l'on est conduit tout naturellement à appliquer le *lex fori* (1).

1. Westlake, *Traité de droit int. privé*, § 410 ; Dicey, *A Digest of the law of England with reference to the conflict of the law*, 2^e éd., p. 659.

Ce n'est que lorsque le passif héréditaire est liquidé que se pose véritablement le problème de la dévolution héréditaire qui est régi conformément à la loi du domicile du défunt pour la succession mobilière et à la *lex rei sitæ* pour les immeubles (1).

II. Contrairement au droit anglais, les législations continentales estiment qu'il n'y a pas lieu de séparer le régime de la répartition de celui de la liquidation et s'efforcent de ramener le problème à une solution unique.

Mais elles se différencient profondément lorsqu'il s'agit de déterminer le principe dont doit s'inspirer cette solution.

Les statutaires, fidèles sur ce point à la conception romaine, s'étaient refusés à reconnaître le caractère d'universalité de la succession. Ils ne voyaient dans celle-ci qu'une collection de biens isolés dont chacun pouvait être considéré comme un patrimoine particulier lorsqu'il s'agissait de déterminer la loi qui lui était applicable. *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia*. Il en résultait que les immeubles se trouvaient ainsi soumis à la *lex rei sitæ* alors que les meubles et les biens incorporels étaient liquidés conformément à la *lex domicilii*.

Cette conception qui repose sur la distinction de la succession mobilière et de la succession immobilière et qui paraît être, aujourd'hui encore, celle de notre jurisprudence française (2) présente des inconvénients manifestes. Elle engendre une pluralité de liquidations dans chacune

1. Stocquart, *La succession légitime en droit anglais*, *Revue Clunet*, 1896, p. 945.

2. Surville et Arthuys, *Cours de droit international privé*, n° 344.

desquelles le cohéritier peut prendre un parti différent. Il y a là pour les cohéritiers une possibilité de fraude au détriment des intérêts des créanciers du défunt dont, en tous les cas, la liquidation des droits se trouvera singulièrement compliquée et retardée (1).

Aussi bien s'est-on aperçu depuis longtemps (2) qu'une telle solution, outre ses inconvénients pratiques, est en contradiction flagrante avec le caractère d'universalité qu'il convient d'attribuer à la succession indivise.

C'est alors qu'au principe des successions multiples l'on opposa, à la suite de Savigny (3), celui de l'unité de la succession (*Universalsukzession*). L'avantage essentiel de cette seconde formule est de réaliser une coordination internationale de la liquidation de l'hérédité (4) soit que l'on applique à la liquidation la loi nationale du défunt, soit qu'on la soumette à la loi du domicile de ce dernier (5).

Ce principe, défendu par la plupart des auteurs modernes, consacré par un certain nombre de législations récentes (6), reconnu par de nombreux traités diplomati-

1. Weiss, *op. cit.*, IV, §34. Voir au sujet de la liquidation de la succession de la princesse de Radziwill, Trib. Seine, 31 oct. 1894, *J. Clunet*, 1895, p. 118.

2. Voir références dans Weiss, *op. cit.*, p. 535, note 1; Félix, *Traité de droit int. privé*, p. 140.

3. Savigny, *Traité de droit romain*, 8, § 363.

4. Weiss, *op. cit.*, p. 539; Renault dans *Clunet*, 1875, p. 339; Laurent, VI, p. 225; Surville et Arthuys, *op. cit.*, n° 336; Albéric Rolin, *Principes*, I, n° 455.

5. Dans le sens de la loi nationale, voir Code civ. espagnol, art. 10, C. civ. italien, art. 8. Art. 24, 25 et 26 de la loi allemande d'introduction au *B. G. B.* Dans le sens de la loi du domicile voir art. 1012 du C. civ. de Colombie et art. 22 de la loi fédérale suisse du 25 janvier 1891.

6. Références dans Weiss, *op. cit.*, p. 546.

ques, a été proclamé par quelques congrès scientifiques internationaux dont les vœux sont malheureusement, jusqu'à ce jour, restés platoniques (1).

Nous allons examiner l'application des divers systèmes que nous venons d'exposer en étudiant successivement la question de la répartition de la succession entre les héritiers, celle de la liquidation du passif et, enfin, celle de la compétence judiciaire.

I. En ce qui concerne la répartition de la succession entre les héritiers, la théorie de la jurisprudence française conduit à scinder la succession en plusieurs masses dont chacune est soumise à une loi particulière. C'est ainsi que la partie mobilière de la succession sera gouvernée par *lex domicilii* alors que, pour la partie immobilière de cette même succession, il existera autant de régimes de distribution que de nations où se trouvent des immeubles ayant appartenu au défunt (2).

Il est inutile d'insister sur une telle pratique, détestable principalement au point de vue fiscal (3). Elle méconnaît le principe de l'unité qui doit régir les opérations du partage et son fonctionnement se concilie très mal avec

1. Institut dans droit international, Session d'Oxford de 1880 (*Annuaire de l'inst. de dr. int.*, V, p. 57); 4^e Conf. de La Haye, 1904, art. 1^{er}.

2. Référence dans Audinet, note au S. 1907. II. 291; Cass. 8 mars 1909, D. 1909. I. 305, note Nast; Aix, 27 mai 1911, *J. Clunet*, 1912, p. 550; Nice, 9 juillet 1917, *J. Clunet*, 1917, p. 1792.

3. Lorsque le partage attribue à un héritier des immeubles situés à l'étranger dans une mesure supérieure à sa part, cette attribution doit être considérée comme une soulte au point de vue fiscal, en raison de l'abandon par le cohéritier de tout ou partie de ses droits dans les biens situés en France. Cass. 21 nov. 1911, D. 1912. I. 193 et note critique de M. Binet.

la nécessité de maintenir l'égalité entre les successeurs (1). Tout au plus, est-il permis d'apercevoir dans notre jurisprudence des tentatives d'atténuation de cette fâcheuse conception dans les cas où la succession internationale est celle d'un Français et qu'elle est dévolue à des cohéritiers français (2). Dans ce cas, il semble que certaines décisions judiciaires auraient tendance à s'orienter dans le sens du principe de l'unité de liquidation.

Au surplus, il convient de remarquer que rien n'empêche les cohéritiers, s'ils sont d'accord, de désigner des amiables compositeurs, en les chargeant de procéder à une seule liquidation de la succession toute entière (3).

Quant au droit allemand, il soumet en principe la succession globale à la loi nationale du défunt (4). Il reconnaît toutefois qu'un Allemand peut faire valoir des prétentions dans la succession d'un étranger alors même qu'elles ne seraient fondées que sur les lois allemandes. Cette disposition singulière est assez peu rationnelle; elle ne constitue, en réalité, qu'une mesure de rétorsion mais qui peut être d'une grande importance en ce qui concerne l'établissement des comptes entre héritiers (5).

II. En ce qui concerne la liquidation du passif, il faut distinguer la notion d'obligation et celle de contribution aux dettes.

A. A l'égard de l'obligation aux dettes, la difficulté

1. Aix, 24 janv. 1906, S. 1907. II. 289.

2. Trib. Versailles, 6 mars 1890, *Journal de dr. int. privé*, 1891, 565; Cour de Pau, 26 juin 1893, *J. Clunet*, 1893, p. 4083.

3. En ce sens, Decugis, *Gaz. Pal.*, 8 nov. 1900; *Contrà*, Weiss, 2^e éd., IV, p. 536, note 1.

4. Art. 24 et 25 de la loi d'introduction.

5. De Bar, § 32, p. 23 de son *Droit de succession dans la Böhm's Zeitschrift*; Habicht, *Internationales Privatrecht*, p. 183.

provient du conflit du statut successoral avec le statut obligationnel. Nous avons vu que seules les législations anglo-saxonnes organisent une liquidation du passif héréditaire indépendamment de toute considération du droit successoral. Dans les autres législations, au contraire, la liquidation du passif n'apparaît que comme un aspect de la dévolution héréditaire et se trouve soumise, à ce titre, au statut successoral.

Dans notre ancien droit, où le conflit se présentait entre les coutumes dont certaines prononçaient la divisibilité héréditaire de l'obligation (1) tandis que d'autres admettaient son indivisibilité, le Parlement de Paris, par un arrêt de 1673, s'était déclaré en faveur de la maxime traditionnelle qui traitait chaque bien successoral comme un patrimoine distinct. Il s'ensuivait que l'obligation aux dettes variait suivant que l'exécution de cette obligation était poursuivie sur tel ou tel bien du défunt et suivant que ce bien était soumis à telle ou telle coutume (2).

Aujourd'hui encore, notre jurisprudence semble distinguer, à cet égard, la succession mobilière de la succession immobilière (3).

Cependant, l'on s'était déjà aperçu, du temps de notre ancien droit, des multiples inconvénients de cette pluralité de liquidations du passif héréditaire. L'on invoquait alors quelquefois la notion d'un quasi-contrat qui se serait

1. Weiss, *op. cit.*, IV, p. 600, note 3.

2. Maillard sur l'article 184 de la coutume d'Artois.

3. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, n° 3094; Champcomunal, *De la succession ab intestat en droit international privé*, p. 414; Trib. Seine, 31 oct. 1894, *J. Clunet*, 1895, p. 418; Cour de Paris, 2 avril 1896, *J. Clunet*, 1897, p. 465. Voir à ce sujet une curieuse application de la théorie du renvoi, Grenoble, 31 mars 1908, *Revue Lapradelle*, 1909, p. 609.

formé entre les créanciers du défunt et les héritiers de ce dernier et qui aurait pris naissance au lieu d'ouverture de la succession. L'on arrivait grâce à ce subterfuge à donner compétence exclusive, en notre matière, à la loi du domicile (1).

Il faut bien reconnaître, en effet, que le principe de l'unité de liquidation est le seul qui se recommande au point de vue législatif. Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'il soit préconisé par la plupart des auteurs, qu'il ait été consacré par quelques traités internationaux et qu'il ait même inspiré quelques décisions isolées de notre jurisprudence. L'on discute simplement si ce principe d'unité doit se réaliser au profit de la loi du domicile (2) ou au bénéfice de la loi nationale du défunt (3).

Cependant, il faut bien reconnaître que les systèmes qui veulent appliquer ici le principe de l'unité de liquidation, sont généralement préoccupés par l'idée de faire rentrer cette liquidation du passif dans les cadres ordinaires du droit des successions. Ils estiment que cette liquidation n'est qu'un aspect particulier des phénomènes juridiques engendrés par la dévolution héréditaire (4).

1. Pollet, *Arrêts du Parlement de Flandre*, II, ch. 46; Bouhier, *Traité de la personnalité et de la réalité*, ch. 21, p. 314. Voir également dans le sens de la notion de quasi-contrat, Rolin, *op. cit.*, II, n° 766; Laurent, VIII, p. 92.

2. Trib. Seine, 4 avril 1912, *Rev. de dr. int. privé*, 1913, p. 515; art. 7 de la convention franco-belge du 8 juillet 1899; Lachan, *Les conventions franco-belges du 8 juillet 1899*, *Rev. Lapradelle*, 1913, p. 61.

3. Milan, 21 mars 1905, *J. Clunet*, 1906, p. 4236; Despagne et de Boeck, *Précis*, 5^e éd., p. 4071; Pasquale Fiore, *De la Succession des étrangers en Italie*, *Journal de droit international privé*, 1903, p. 60; Art. 24, § 2 de la loi d'introduction du Code civil allemand.

4. Joussetin, *Des conflits de loi relatifs aux successions ab intestato*.

Il n'est pas sûr que cette attitude ne puisse être critiquée. La liquidation du passif est, à nos yeux, un problème juridique ayant sa valeur propre et au sujet duquel il y a lieu de considérer l'intérêt des créanciers au moins autant que celui des cohéritiers.

Certains auteurs, s'inspirant des conceptions anglo-saxonnes, sont même allés jusqu'à prétendre que l'intérêt des créanciers était tellement prépondérant qu'il fallait écarter complètement toute préoccupation héréditaire et soumettre la liquidation du passif aux lois applicables aux diverses créances envisagées en elles-mêmes.

Il y a là, semble-t-il, quelque exagération.

Nous serions assez disposés à distinguer en cette matière suivant que la créance héréditaire est poursuivie sur les biens héréditaires ou sur le patrimoine personnel des cosuccesseurs.

Dans le premier cas, il s'agit d'une mesure d'exécution réelle. Or, il semble bien que les mesures qui concernent l'exécution sur les biens intéressent directement le crédit public de sorte qu'un conflit de lois qui s'élèverait à ce sujet devrait être tranché au profit de la législation dont dépend le régime des biens soumis à l'action des intéressés (1). C'est ainsi que la séparation des patrimoines et le bénéfice d'inventaire apparaîtraient comme devant rentrer dans la catégorie des lois territoriales.

Par contre, lorsqu'il s'agit de déterminer les conditions

tat et testamentaires, p. 409. Dans notre ancien droit, Ferrière (Coutume de Paris, art. 332) admettait déjà que la coutume applicable était celle qui régissait le contrat.

1. Aubry, *Le domaine de la loi d'autonomie en droit international privé*, J. Clunet, 1896. p. 742; Pillet, *Principes*, n° 179. Voir également Rolin, *Principes*, II, n° 766.

dans lesquelles un cohéritier peut-être responsable sur son patrimoine personnel vis-à-vis des créanciers du défunt, il nous apparaît que cette responsabilité illimitée doit être prévue par sa loi personnelle car cette c'est loi seule qui a qualité pour l'engager personnellement. S'il en était autrement, un cohéritier pourrait être exposé à se voir opposer, en ce qui concerne les dettes héréditaires, un statut successoral qu'il ignore. Qu'il suffise de songer au cas où la succession s'ouvre dans un pays qui pratique l'acceptation tacite avec responsabilité illimitée et que l'un des héritiers appartienne à un pays qui ne connaît qu'une acceptation expresse et une responsabilité limitée (1). Dans une telle hypothèse, il nous semble qu'il serait juste de n'appliquer la loi successorale que dans la mesure où elle ne contredit pas les dispositions de la loi personnelle de chaque successeur sur l'étendue de la responsabilité héréditaire.

Quoi qu'il en soit, l'on s'explique qu'en raison des nombreuses divergences doctrinales, les congrès internationaux aient évité de prendre position sur la question. C'est ainsi que l'article 10 du projet de Convention de La Haye de 1900 laissait, à cet égard, toute liberté aux états contractants et cette attitude fut maintenue à la Conférence de 1904 (2).

B. En ce qui concerne la contribution aux dettes, les conflits que nous avons signalés entre le statut successoral et le statut obligationnel ne se posent plus. Le règlement de la contribution s'insère sur le mécanisme du partage ; il constitue donc, au premier chef, une matière successo-

1. Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, II, p. 589 et 976.

2. Lainé, *J. Clunet*, 1906, p. 288. Voir aussi Actes de la 4^e conférence de La Haye de 1904, Rapport de M. Lainé, p. 126.

rale qui relève, à ce titre, de la loi de la succession (1).

L'on a proposé d'appliquer ici la loi d'autonomie de la volonté, c'est-à-dire la loi nationale du défunt, puisque ce dernier pouvait régler la répartition du passif aussi bien que la dévolution de l'actif (2). La question de contribution n'est-elle pas, en effet, une question de dévolution qui doit relever de la loi personnelle du défunt ? (3).

III. Arrivons enfin aux questions de compétence judiciaire que soulève la communauté d'héritiers sur le terrain du droit international.

Cette question est tout à fait distincte de celle de la compétence législative. Certes, il importe grandement que le partage de la succession et la liquidation du passif héréditaire soient régis par une loi unique mais il n'est pas moins essentiel que les difficultés qui se rattachent à l'application de cette loi soient résolues par un seul et même tribunal.

Alors même que l'on se refuserait à reconnaître le principe de l'unité de compétence législative, ne semble-t-il pas que la raison et le bon sens militent en faveur de la règle de l'unité de juridiction (4) ?

Les dispositions si heureuses des articles 822 C. civ. et 59 du Code de procéd. civ. n'ont de valeur que pour notre droit interne. Pourquoi ne pas les transposer en

1. Bouhier, *op. cit.*, ch. 30, n° 60; Froland, *Mémoire concernant la nature et la qualité des statuts*, II, p. 1547.

2. Aubry, *op. cit.*

3. Pillet, *op. cit.*, n° 179.

4. Renault, *Journ. dr. int. privé*, 1875, p. 141; Audinet, note sous Aix, 24 janv. 1906, S. 1907. II. 289; Chervet, *Rev. dr. int. privé*, 1912, p. 41; Wahl, *Des principes de compétence dans les conflits internationaux spécialement en matière de succession* (Clunet, 1895, p. 718).

matière internationale ? Cependant, cette solution rationnelle se heurte aux divergences de l'organisation procédurale des divers états et à l'incertitude des règles de compétence dans les conflits entre étrangers et nationaux.

Aussi comprend-on les hésitations dont fait preuve, à ce sujet, notre jurisprudence qui est la seule sur laquelle nous voulions insister ici.

Lorsque le *de cujus* était français, nos tribunaux paraissent bien consacrer le principe de l'unité de juridiction (1). Par contre, lorsqu'il était étranger, ils prétendent distinguer suivant que la succession s'est ouverte en France ou à l'étranger. Dans le premier cas, ils ne se reconnaissent compétents qu'à l'égard de la succession mobilière et des immeubles héréditaires situés en France (2). Dans le second cas, ils ne se déclarent compétents qu'à l'égard des immeubles héréditaires situés en France (3). Il convient cependant de relever la trace d'une tendance nouvelle de notre jurisprudence qui consiste à envisager l'hérédité non partagée comme une entité juridique continuant la personne du défunt et qui devrait être considérée comme possédant, au même titre que ce dernier, un domicile unique, fixé au lieu d'ouverture de la succession (4).

Notons enfin, que la question a fait l'objet de quelques conventions internationales. Il convient de citer à ce sujet,

1. Cass. 19 avril 1852, S. 1852. II. 801; Aix, 19 juillet 1906, *Rev. Darras*, 1908, p. 805; Trib. Seine, 4 avril 1912, *Rev. dr. int. privé*, 1913, p. 315.

2. Trib. Seine, 27 déc. 1906, *Revue Darras*, 1907, p. 398.

3. Cass. 26 janv. 1892, D. 1892. I. 497; Aix, 27 mars 1911, *Rev. Darras*, 1912, p. 403.

4. Trib., com. Seine, 4 avril 1912 et note du conseiller Tournade sous *J. Clunet*, 1914, p. 948.

l'article 5 du traité franco-suisse de 1869 et l'article 7 du traité franco-belge du 8 juillet 1899 (1). Ce dernier texte est particulièrement intéressant en ce sens qu'il ne prévoit qu'une unité de compétence judiciaire absolument indépendante de toute unité de compétence législative. Nous pouvons donc assister ainsi à ce spectacle singulier d'une succession qui peut être liquidée conformément à plusieurs lois étrangères, alors que les difficultés qui naîtront de cet enchevêtrement législatif seront tranchées par un seul et même tribunal.

1. Voir à ce sujet Lachan, *op. cit.*

TROISIÈME PARTIE

INTERPRÉTATION CRITIQUE DE LA RÉGLEMENTATION POSITIVE DE LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS

Dans la première partie de cette étude, nous avons retracé la formation historique des traditions législatives de la communauté d'héritiers. Dans la seconde, nous nous sommes efforcés de rendre compte comment ces traditions s'étaient réalisées sur le terrain du droit positif. Il nous appartient désormais d'essayer de porter sur ces traditions un jugement de valeur.

Nous nous proposons, dans deux chapitres distincts, de tenter une interprétation critique des données du droit positif relatif à la communauté d'héritiers dans les législations qui sont issues de la tradition romaine et dans celles qui se rattachent à la tradition germanique. Nous insisterons principalement sur le droit français et sur le droit allemand qui sont les législations les mieux représentatives de deux conceptions juridiques différentes lorsqu'elles ne sont pas opposées.

TITRE I

CRITIQUE DE LA THÉORIE CLASSIQUE DE LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS

La théorie classique a trouvé son expression la plus complète dans le droit romain. Nous ne la retrouvons plus aujourd'hui que déformée par des institutions adventices et, en particulier, par la théorie de l'effet déclaratif du partage. Nous devons tenir compte de cette altération historique dans les jugements que nous porterons sur la valeur du système.

Il convient, au surplus, de préciser ce que nous entendons lorsque nous parlons de la théorie classique de la communauté héréditaire. Nous avons vu précédemment qu'il n'était pas complètement exact de parler ici de théorie car l'esprit même de la tradition romaine répugne à considérer la communauté d'héritiers comme une institution juridique autonome susceptible d'être l'objet d'une construction technique indépendante.

Toutefois, il est certain que les législations romanes ont soumis les divers problèmes soulevés par le fait de la dévolution successorale collective à des réglementations sensiblement analogues. Or, ces diverses réglementations se sont inspirées de conceptions philosophiques assez précises que nous avons cru pouvoir discerner.

C'est l'ensemble de ces réglementations éclairées à la lumière de ces conceptions que nous désignerons par

l'expression peut-être impropre, mais suffisamment suggestive, de théorie classique.

Sous le bénéfice de ces observations, nous pouvons aborder, dès maintenant, le problème que nous nous sommes proposé.

Nous allons nous efforcer de porter un jugement de valeur sur un système de conceptions juridiques.

Or, tout système juridique a une triple signification. Il a la prétention, tout d'abord, de se présenter comme une construction rationnelle ; il se propose en outre et nécessairement de constituer une recette d'activité positive ; il doit enfin et surtout, être conforme à la réalité des faits juridiques.

En d'autres termes, les jugements que nous pouvons porter sur toute théorie juridique peuvent se référer à sa valeur rationnelle en tant qu'elle se présente comme une règle logique, à sa valeur pratique en tant qu'elle préconise une certaine forme d'activité sociale et enfin à sa valeur juridique proprement dite en tant qu'elle prétend être l'expression d'une réalité juridique.

C'est dans cet esprit que nous allons procéder successivement à la critique technique, à la critique sociale et à la critique juridique de la théorie classique de la communauté d'héritiers.

CHAPITRE PREMIER

Critique technique.

Toute théorie juridique doit être à la fois cohérente et maniable puisqu'elle se présente comme une construction rationnelle destinée à interpréter certains faits d'activité sociale.

Notre critique technique se placera donc successivement à ces deux points de vue différents de la logique et de la commodité.

SECTION A. — LA THÉORIE CLASSIQUE EST-ELLE LOGIQUE ?

La théorie classique a la prétention d'être une construction rationnelle. Certes, il convient de reconnaître que, telle qu'elle se présentait en droit romain, elle réalisait un merveilleux effort de clarté et de simplicité. Le système romain de la communauté est une œuvre de logique pure. Il ramène les difficultés soulevées par la dévolution successorale collective à un problème de mathématique.

Etant donné qu'un droit appartient à plusieurs titulaires, quelle est la part de puissance juridique qui appartient à chacun de ces derniers dans le droit qui leur est commun ?

L'esprit classique se meut à l'aise dans la logique la plus intrépide et l'altière géométrie sentimentale d'un

Corneille procède de la même discipline intellectuelle que la géométrie juridique d'un Domat, par ailleurs ami de Pascal.

Admirons donc cette grande allure dogmatique de la théorie classique mais prenons garde qu'elle ne nous fasse pas illusion.

Sous des dehors majestueux et réguliers, le système se présente généralement comme disparate et contradictoire.

Il évoque la notion d'un patrimoine reposant sur une volonté subjective de puissance mais pour admettre aussitôt que cette personnalité naturellement indivisible peut cependant se fractionner en autant de titulaires que le défunt a de successeurs.

Il est cependant difficile de comprendre comment plusieurs individus dont chacun garde sa personnalité propre puissent continuer ensemble et chacun pour partie la personnalité indivise du défunt (1).

Cette contradiction s'accompagne en outre d'une illusion; celle-ci consiste à s'imaginer que les rapports juridiques sont susceptibles de se prêter automatiquement à des opérations arithmétiques sans que leur structure interne puisse en être modifiée d'une façon quelconque. Or, la plupart des phénomènes juridiques et sociaux ne comportent pas la mesurabilité. L'on commence à s'apercevoir aujourd'hui, lorsqu'on étudie les phénomènes de la vie, que ce que l'on prend quelquefois pour des variations

1. Il s'agit ici, a-t-on dit, d'un phénomène aussi mystérieux que les fameuses hypostases des Alexandrins (Accollas, *Manuel*, II, p. 857, note 2). Voir également en ce sens Guénée, *De l'indivisibilité de l'acceptation d'une hérédité*, *Rev. crit.*, 1892, p. 460 et Gazin, *op. cit.*, p. 176, note 1.

quantitatives, n'exprime en réalité que des différenciations qualitatives (1).

Examinons, en effet, le mécanisme de cette prétendue division quantitative des rapports juridiques.

S'agit-il d'obligations ordinaires qui ne soient pas indivisibles ? Certes, le principe d'indivisibilité peut s'exercer ici dans toute sa rigueur. Mais qui ne voit cependant que la créance du quart d'une somme déterminée ne représente nullement, au point de vue économique, le quart de la créance qui porterait sur la somme entière ? Par un phénomène singulier, il se produit ici une diminution de valeur effective qui est plus que proportionnelle à la diminution de valeur nominale. Il arrive même un moment où cette altération est tellement flagrante qu'elle finit par modifier les règles de procédure telles que celles qui sont relatives au double degré de juridiction et à l'administration des preuves.

S'agit-il de droits réels ? La théorie classique les soumet à la figure juridique de l'indivision, c'est-à-dire à la notion d'un droit qui porte sur chaque parcelle de la chose indivise, qui est réel bien qu'il s'exprime en une quote-part idéale de nature purement intellectuelle, que son titulaire ne peut administrer bien qu'il puisse l'aliéner et qui participe des mêmes prérogatives que le droit absolu de propriété bien que les actes de disposition dont il est l'objet dépendent des résultats du partage.

Telle est la construction que nous propose la tradition romaine. Il est impossible, a-t-on dit justement à ce sujet,

1. Cournot, *Essai sur le fondement de nos connaissances*, ch. XIII ; Bergson, *Essai sur les données immédiates de la conscience*, ch. I, *passim*.

d'accumuler dans une définition plus de contradictions et d'invéraisemblances (1) pour aboutir à une conception aussi stupéfiante (2).

Nous avons indiqué comment l'on s'était efforcé en Allemagne de creuser le concept d'indivision mais nous avons constaté qu'il était impossible de se retrouver dans tout cet invraisemblable foisonnement d'idéologies dont l'on a dit, sévèrement mais justement, qu'il n'offrait qu'une succession vertigineuse d'idées et pas même d'idées mais de simples phrases, de formules obscures, incomplètes et vides (3). Insister serait trop cruel, car nous serions contraints de reconnaître que depuis des siècles qu'il y a des jurisconsultes et qui parlent de copropriété indivise, ces juristes ne sont jamais arrivés à se rendre un compte exact de l'objet de leur pensée.

Ne serait-il pas plus expédient de constater que, dans le cas de succession, il ne peut y avoir une véritable continuation des rapports de droit du défunt et qu'il en est particulièrement ainsi au cas de pluralité d'héritiers où il y a non pas continuation mais altération du rapport de droit (4) ?

Mais l'illogisme, que nous venons de dénoncer au sein de la théorie classique de la communauté d'héritiers, se poursuit. L'on commence par affirmer que les communistes sont pleinement indépendants pour aboutir cependant à consacrer la notion d'un quasi-contrat de commu-

1. Jossierand, *Essai sur la propriété collective, Livre du Centenaire*, I, p. 371 et 373.

2. Roguin, *La Règle de droit*, p. 403.

3. Perozzi, *Il Filangieri*, 1890, I, p. 366.

4. Luzzatto, *op. cit.*, II, p. 400. Dans le sens de la théorie traditionnelle, voir Brugi, *Ist. di dir. civ.*, § 90.

nauté. N'eût-il pas, ici encore, été plus simple de reconnaître, que dans tout rapport de droit commun à plusieurs titulaires, il ne peut y avoir d'activité juridique efficace et réelle sans que cette activité se manifeste par l'établissement de certains rapports personnels entre les membres de la communauté ? Au sein d'un groupement d'individus qui agissent en commun, la participation et la coopération sont la règle, et il ne sert de rien de le méconnaître.

Enfin, l'illogisme triomphe dans la forme que la théorie classique de l'indivision successorale a prise dans le droit moderne. Le droit romain avait reconnu au cohéritier des droits précis et déterminés sur les valeurs héréditaires dès le jour de l'ouverture de la succession. Les conceptions contemporaines lui reconnaissent les mêmes facultés mais prétendent en soumettre l'efficacité à l'éventualité du partage.

L'on se pose alors la question de savoir quel est le propriétaire des biens indivis pendant la durée de l'indivision. L'on répond en affirmant que chaque communiste est propriétaire sous condition suspensive. Mais, s'il en est ainsi, qui donc se trouvera, durant ce temps, propriétaire sous condition résolutoire ? Faut-il donc se résoudre à déclarer que le bien commun est *res nullius* avec cette particularité de ne pouvoir être aliéné ou grevé de droits réels que par un certain nombre d'individus (1) ?

En réalité, c'est l'allotissement qui indiquera rétroactivement quels auront été les véritables propriétaires des biens indivis pendant la durée de l'indivision. C'est ainsi qu'avec cette fiction de l'effet déclaratif du partage, l'on en arrive à cette aberration de supprimer rétroactivement

1. Jossierand. *op. cit.*, p. 373.

l'existence juridique de l'indivision, c'est-à-dire d'un fait objectif et incontestable.

SECTION B. — LA THÉORIE CLASSIQUE EST-ELLE COMMUNE ?

La théorie classique de la communauté d'héritiers ne se contente pas de cultiver brillamment l'illogisme. Elle met sa coquetterie à susciter aux jurisconsultes les plus subtiles difficultés d'interprétation et elle apparaît, lorsqu'il s'agit de la mettre en œuvre, manifestement incommode et ambiguë.

Elle affectionne les formules équivoques. Désire-t-on connaître l'étendue du droit qui appartient à chaque héritier sur l'une des choses communes ? Elle vous répondra que ce droit s'étend à la fois sur la totalité de la chose en question et sur chacun de ses atomes (*totum in toto et in qualibet parte*). Cette analyse chimique n'est-elle pas plaisante ?

Prétend-on s'intéresser à la façon dont s'effectue le règlement des diverses prétentions rivales des cosuccesseurs ? La théorie classique nous offre sa recette : *in pari causa melior est causa prohibentis*. Et ce sont naturellement des discussions interminables sur la nature, le caractère et la portée de cet énigmatique *jus prohibendi* (1). C'est alors que l'on évoque la fameuse distinction des actes de conservation, d'administration et d'innoc-

1. Vitalevi, *op. cit.*, I, p. 206 ; Cf. Troplong, *Sociétés*, n° 732. L'absence de réglementation législative de l'indivision est regrettée par les praticiens. Voir notamment rapport de M. Rémond, avocat à la Cour d'appel de Paris au 15^e Congrès national de Nice sur la propriété bâtie en France, p. 168.

vation. Les premiers seraient permis au communiste, les seconds lui seraient accordés à condition d'agir avec ses consorts mais les troisièmes lui seraient strictement interdits. Qui ne voit cependant que cette distribution tripartite de l'activité humaine n'a jamais existé que dans l'imagination des théoriciens ? Dépourvue de tout caractère objectif, elle n'a qu'une valeur subjective.

Une même opération peut constituer une innovation ou n'avoir qu'un caractère conservatoire suivant les circonstances (1), de sorte que la règle magique que l'on invoque se révèle, à l'expérience, d'une application décevante et trompeuse.

La théorie classique, remarquons-le, se meut à l'aise dans les constructions mystérieuses et incompréhensibles. Dumoulin se flattait, il est vrai, d'avoir découvert le fil d'Ariane du célèbre labyrinthe de la théorie de l'indivisibilité. Mais il semble bien que, malgré ses efforts, cette dernière a conservé jusqu'à nos jours, sa fameuse réputation d'obscurité (2).

Il n'est pas jusqu'aux principes en apparence les plus clairs de la tradition romaine qui ne soulèvent en fait les plus graves difficultés lorsqu'il s'agit de les appliquer. Nous avons indiqué l'ingéniosité dont ont dû faire montre les jurisconsultes pour concilier les règles de la division des dettes avec les institutions du bénéfice d'inventaire et de la faillite des successions.

Enfin, pour achever de brouiller toutes les notions acquises, est apparue la conception de l'effet déclaratif du

1. Le bail, par exemple, peut constituer une mesure de bonne administration ou un acte de disposition, suivant la durée pour laquelle il a été consenti.

2. Planiol, *op. cit.*, II, n° 780.

partage que l'on était bien forcé d'accepter puisque l'on ne pouvait guère faire autrement. Mais comme elle constituait un démenti par trop catégorique à la tradition, on la rangea dans le magasin d'accessoires des fictions. Dès lors, la confusion fut complète (1). C'est à partir de ce moment que s'épanouit, avec la question de rétroactivité, « cette conception bizarre d'actes présentant tel caractère « au regard de certaines personnes et tel autre caractère « lorsqu'on les envisage d'un autre côté, problème dont « la seule utilité est d'exercer l'ingénieuse subtilité des « juristes » (2).

L'histoire des variations de la jurisprudence française relativement à l'interprétation de l'article 883 du Code civil a déjà fait l'objet de savantes études mais elle n'est pas épuisée. Les contradictions et les incertitudes des magistrats et des interprètes durent encore aujourd'hui. La fiction est toujours vivante et le voile de son mystère n'est pas encore levé !

1. Planiol, *op. cit.*, III, n° 2380.

2. A. Colin, note sous l'arrêt des Chambres réunies de la Cour de Cassation du 5 déc. 1907, D. 1908. I. 113. En ce sens G. Théry, *L'article 1220 du Code civil et l'arrêt de Cassation du 5 déc. 1907* (*Rev. cath. des Inst. et du droit*, février 1908).

CHAPITRE II

Critique positive.

La conception classique ne se contente pas de s'exprimer par une théorie incohérente et obscure. Appliquée sur le terrain des faits, elle s'avère, en outre, comme une solution législative déplorable du problème de l'indivision successorale.

Nous avons vu que ce problème consistait à concilier les intérêts respectifs des cohéritiers, des tiers et de la société. Or, il est remarquable que la théorie classique ne donne satisfaction à aucun de ces intérêts en jeu.

En ce qui concerne tout d'abord les cohéritiers, la théorie classique qui se flatte d'établir dans leurs rapports la plus grande indépendance n'aboutit qu'à créer entre eux la plus flagrante inégalité. Cette inégalité résulte principalement du droit reconnu à chaque héritier de disposer librement de sa part dans les biens communs. Cette faculté de disposition peut nuire aux cohéritiers de l'aliénateur lorsque celui-ci est débiteur d'un rapport. En tout état de cause, la découverte d'une charge créée par l'un des cosuccesseurs sur l'objet indivis peut provoquer entre les intéressés une série de recours successifs que la règle de l'effet déclaratif n'a pu faire disparaître complètement.

Cette inégalité s'aggrave particulièrement sur le terrain du droit international privé en raison de l'absence d'autonomie du patrimoine successoral, ce qui conduit à déclai-

rer, ainsi que nous l'avons vu, qu'il existe autant de communautés héréditaires particulières que de biens laissés par le *de cujus*.

Il n'est pas jusqu'au droit pour le cohéritier de demander le partage *ad nutum* qui ne puisse créer le plus grave préjudice aux cosuccesseurs du demandeur, pour peu qu'il soit exercé à contre-temps.

Cause permanente d'injustice et d'inégalité, l'application du système classique coûte cher aux héritiers (1). La quote-part indivise ne représente qu'une mince valeur de crédit et son aliénation suffit; cependant, à déprécier la valeur du bien commun bien au delà de sa valeur proportionnelle. La licitation qui est souvent imposée aux cohéritiers est une procédure coûteuse. Le caractère translatif du partage multipliait autrefois la perception des droits de mutation et aujourd'hui encore la jurisprudence s'est toujours montrée soucieuse d'interpréter restrictivement l'article 883 du Code civil lorsqu'il s'agissait de protéger les intérêts du fisc (2). Au surplus, l'absence de patrimoine héréditaire distinct provoque des liquidations séparées et successives des biens héréditaires et augmente ainsi les lenteurs et les frais (3).

Injuste et coûteuse pour les héritiers, la théorie classique se montre en outre complètement insouciante de leurs intérêts économiques. La construction romaine de la copropriété et l'application stricte du *jus prohibendi* conduisent

1. Voir à ce sujet des renseignements intéressants dans la thèse de M. Théry, *Des pouvoirs de l'exécuteur testamentaire*, Paris, 1905, p. 40.

2. Cass. 21 nov. 1914, S. 1914. I. 466; Wahl, *Traité de droit fiscal*, II, p. 979.

3. Théry, *op. cit.*, p. 40.

généralement à imposer aux communistes l'inaction forcée ; elle provoque la stagnation économique de la vie du patrimoine et des affaires du défunt jusqu'au jour du partage (1).

Enfin, l'interprétation qu'a donnée la jurisprudence récente de l'attribution du prix de licitation a ruiné le crédit des cohéritiers (2).

Au surplus, si la théorie classique méconnaît complètement les intérêts des cohéritiers, elle ne respecte pas davantage ceux des tiers. La division des dettes n'est-elle pas une atteinte flagrante au principe de l'indivisibilité du paiement ? Celle des créances n'aggrave-t-elle pas singulièrement la condition du débiteur commun en multipliant le nombre de ces créances ? De tels résultats ne sont-ils pas une violation manifeste du respect qui est dû aux droits acquis ? Et n'est-ce pas une autre atteinte à ce même principe des droits acquis que cette singulière extension de l'article 883 du Code civil, qui loin de se restreindre aux rapports des copartageants, vient rejaillir contre les tiers qui sont toujours restés étrangers à l'indivision (3) ?

Enfin, la théorie classique est désastreuse au point de vue social. Par l'obscurité de ses abstractions, par son défaut de souplesse, elle provoque et envenime les contestations entre héritiers, à tel point que les tribunaux se trouvent assaillis par les litiges incessants que provoque la matière des partages. Mais, en outre, en installant au

1. Donnedieu de Vabres et Nast, *Vie juridique du Français*, II, p. 221. Cf. pour une manifestation particulièrement choquante du *jus prohibendi*, Cass. 28 fév. 1894, S. 1894. I. 235.

2. Wahl, note sous S. 1905. II. 91, col. 3.

3. Colin et Capitant, *op. cit.*, 1^{re} éd., III, p. 500.

sein de la communauté d'héritiers le principe du *liberum veto*, elle fait de l'indivision un régime économiquement ruineux et pratiquement insupportable. Faute d'avoir consenti à l'organiser sur les bases d'une institution, elle en impose la liquidation précipitée et contribue ainsi à l'émiettement de la propriété et à la dislocation irrémédiable du patrimoine familial.

CHAPITRE III

Critique juridique et essai d'interprétation rationnelle.

L'exactitude d'une théorie juridique est sa qualité essentielle ; elle consiste dans la conformité des principes avec les faits. Cette conformité est toujours approximative ; c'est pourquoi les vérités juridiques ne sont jamais absolues. Les faits se modifient au cours de l'histoire et les théories les suivent avec un léger retard. La conformité dont nous parlons peut donc exister à un moment donné pour disparaître ensuite. L'on conçoit donc que le degré de vérité d'une théorie juridique est susceptible d'augmenter ou de diminuer suivant que cette théorie constitue une explication plus ou moins adéquate des faits qu'elle prétend interpréter.

C'est sous le bénéfice de ces observations générales que nous allons rechercher si la théorie classique de la communauté d'héritier est conforme aux divers faits juridiques qui se rattachent au phénomène de la dévolution successorale collective.

S'il n'en est pas ainsi, nous rechercherons les constructions auxquelles il est permis de recourir pour donner une meilleure interprétation de ces phénomènes juridiques positifs.

Notre tâche sera donc double. Elle sera critique dans la mesure où nous examinerons la valeur du système tra-

ditionnel. Elle sera constructive puisque nous nous efforcerons, le cas échéant, de substituer à ce système traditionnel une nouvelle interprétation des données du droit positif.

Nous avons vu que la théorie classique reposait sur quatre principes fondamentaux : l'absorption du patrimoine du défunt dans le patrimoine personnel des cohéritiers, la détermination exacte des droits des cohéritiers sur les valeurs indivises dès le jour du décès, l'absence normale de tout rapport et, en particulier, de toute relation spécifique de cohérédité entre les cosuccesseurs et enfin l'inexistence d'une procédure de liquidation du passif héréditaire.

Or, il est très singulier de constater non seulement que ces quatre principes n'ont jamais été vrais d'une vérité absolue mais, en outre, que la vérité qu'ils exprimaient n'a cessé de s'atténuer progressivement au cours des siècles de sorte que surgit aujourd'hui l'opportunité de substituer une interprétation nouvelle et moins inexacte aux constructions traditionnelles. C'est ce que nous pourrions constater en confrontant successivement les quatre principes en question avec les données de l'expérience juridique.

SECTION A. — L'HÉRÉDITÉ INDIVISE

ENVISAGÉE COMME PATRIMOINE AUTONOME.

L'idée que le patrimoine successoral s'absorbe complètement dans celui des cohéritiers n'a jamais été poussée par les Romains jusqu'à ses plus extrêmes conséquences. Les jurisconsultes de l'époque impériale avaient conservé la règle traditionnelle qui décidait que l'*actio familiæ*

erciscundæ ne peut être exercée qu'une seule fois et que, si elle ne porte pas sur l'hérédité globale, les indivisions subsistantes ne peuvent plus faire l'objet que de l'*actio communi dividundo* (1). C'est là la preuve manifeste que, même en droit romain classique, l'hérédité indivise était autre chose qu'une simple collection de copropriétés particulières.

Il n'en est pas autrement aujourd'hui (2). Qu'il nous suffise de rappeler, à ce sujet, le soin avec lequel nos tribunaux s'efforcent de distinguer la communauté conventionnelle de la communauté successorale primitive dans le cas d'un partage partiel ainsi que dans celui où quelques-uns seulement des cohéritiers se sont portés coadjudicataires d'un bien successoral licite.

La communauté héréditaire est tellement distincte des biens qui la composent qu'elle peut ne comprendre que des biens rapportés (3) ou même de simples créances que la théorie classique répartit cependant entre les cosuccesseurs dès le jour du décès de l'auteur commun (4).

La communauté successorale se présente donc comme une communauté profondément différenciée. Elle affiche des caractères qui lui sont propres (5), tels que le retrait successoral (6), l'effet déclaratif (7), l'insaisissabilité des

1. *D. fam. ercisc.*, 20, 4. Voir commentaires intéressants sur ce texte dans Voët sur Dig., livre 10, titre 2, n° 30.

2. Merlin, *op. cit.*, Licitation, II, 2; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 621 bis, note 8; Cass. Palerme, 6 mai 1898, *Foro*, 18, 122; Trib. Saint-Jean d'Angély, 7 juin 1900, S. 1902. II. 197.

3. Cass. 18 avril 1873, D. 1874. I. 20.

4. Paris, 16 mars 1829, S. 1829. II. 325.

5. Montpellier, 10 fév. 1896, S. 1896. II. 128.

6. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, III, n° 2584.

7. Montpellier, 20 janv. 1900, *Mon. Midi*, 18 mars 1900; Trib. Bor-

quote parts (1) et qui ne sauraient être étendus à la communauté ordinaire.

Ces différences profondes qui séparent la situation juridique du cohéritier de celle du simple participant dans une série de communautés particulières ont été clairement aperçues par la doctrine allemande (2) et elles ne sont pas ignorées de notre pratique judiciaire (3). Reconnaissons qu'elles sont véritablement révélatrices de la déformation complète de la théorie classique.

En réalité, deux considérations assez distinctes devaient contribuer à atténuer progressivement, sur ce point, la part de vérité que pouvait contenir l'ancienne conception de la dislocation automatique du patrimoine du défunt.

Ce fut, en premier lieu, le procédé technique qui consistait à attribuer à l'hérédité le caractère d'une universalité afin d'en faire l'objet d'un droit propre reposant sur un mélange complexe d'éléments actifs et passifs. Nous avons vu que ce concept n'était guère antérieur à l'époque byzantine mais il faut avouer qu'il devait connaître par la suite une singulière fortune.

Certes, l'on commença tout simplement par imaginer que les objets de cette universalité étaient décomposés en quote-parts qui s'absorbaient dans les patrimoines personnels des cohéritiers. Mais ces quotes correspondaient à des réalités juridiques tellement abstraites que l'imagination avait peine à les représenter. L'on en arriva dès lors,

deux, 31 déc. 1906, *Gaz. Palais*, 1907, I, 663 ; Barassi dans *Foro it.*, 1901, I, 1366. *Contrà*, Cass. 8 fév. 1895, S. 1893. I. 173 et Gabba, *Nuove quest. di dir. civ.*, II, p. 42.

1. Bordeaux, 7 avril 1840, S. 1840. II. 521.

2. Strohal, *Festschrift Gierke, op. cit.*, p. 934.

3. Voir notamment Cass. 17 janv. 1881, S. 1881. I. 229.

par des transitions insensibles, à parler de droits du cohéritier portant sur une masse matérielle de biens communs à tous les cosuccesseurs et pourvue d'une certaine individualité de fait. L'universalité juridique n'était plus l'ensemble des droits partiaires qui, au sein du patrimoine particulier de chaque héritier, proviennent de la masse patrimoniale du défunt mais cette masse patrimoniale elle-même sur l'ensemble de laquelle chaque successeur a le droit de réclamer un allotissement jusqu'à concurrence d'une valeur déterminée. En d'autres termes, ce n'est plus l'ensemble des droits héréditaires du cohéritier mais la masse des biens de l'auteur commun qui apparaît comme le support de cette notion technique d'universalité juridique (1).

Il est loisible de critiquer la valeur rationnelle d'un tel concept (2). Mais il faut reconnaître qu'il s'impose à notre psychologie juridique telle qu'elle s'exprime dans le langage ordinaire. Nous parlons couramment d'hoirie, de masse de la succession, de biens qu'il faut faire rentrer dans la masse, de frais incombant à la masse, d'opérations effectuées pour le compte de la masse (3) et nous semblons vouloir dire par là que, pendant la durée de l'indivision, c'est cette masse qui est le véritable représen-

1. Cour d'appel de Dijon, 14 déc. 1911, *Rec. Gaz. Trib.*, 1912. I. 165; Cass. Rome, 28 avril 1909, *Foro*, 1909, I, 1250 (motifs); Vico, *de universo juris principio*, Milan, 1858; Meynial, note sous S. 1888. I. 428, col. 3; Aubry et Rau, § 2221, note 3.

2. Roguin, *op. cit.*, § 69.

3. Dijon, 2 déc. 1903, S. 1905. II. 94; Cass. Palerme, 29 juillet 1905, *Circolo*, 1905, p. 322; Baudry-Lacantinerie et Saignat, *op. cit.*, II, n° 873; Hureaux, *Traité de la sép. des patrim.*, n° 240; Bertauld, *Questions pratiques de Code Napoléon*, n° 334; Labbé, note sous S. 1888. I. 6, col. 3; Percerou, note *Pand. franç.*, 1905, II, 212.

tant juridique du défunt (1). Ces expressions, répétons-le, peuvent être défectueuses mais elles révèlent l'attitude de ce que nous pourrions appeler le sens commun juridique. Elles attestent avec force que la théorie traditionnelle du fractionnement automatique du patrimoine héréditaire ne concorde plus avec la réalité des faits.

Ce n'est pas ici le lieu de rappeler le développement de la notion d'universalité juridique et la distinction des universalités de fait et des universalités de droit (2). L'on prétend aujourd'hui que cette distinction est assez illusoire (3). Qu'il nous suffise de constater que la notion d'universalité juridique et par conséquent celle de patrimoine repose très nettement sur le concept économique d'affectation de certains biens à un but déterminé (4).

Or, c'est cette notion d'affectation que nous rencontrons précisément au sujet de l'hérédité indivise et qui est la seconde des conceptions qui ont contribué puissamment à défigurer la tradition classique de la communauté d'héritiers.

En effet, l'on s'est aperçu d'assez bonne heure que les cohéritiers pouvaient avoir à se rendre des comptes avant que de partager l'actif. C'est alors qu'est apparue la notion du rapport dont l'importance devait croître progressive-

1. Bernard, *L'acte conditionnel envisagé dans ses effets rétroactifs*, thèse Aix, 1909, p. 198 ; Donnedieu de Vabres et Nast, *op. cit.*, p. 295.

2. Thibaut, *System des Pandektenrechts*, § 262 ; Zachariæ, *Le Code civil français*, éd. Massé et Vergé, II, § 251.

3. Vangerow, *Pandectes*, I, § 71 ; Unger, *System des öst. allgem. Privatrechts*, I, § 57 ; Gazin, *op. cit.*, p. 255 ; Goubeaux, *op. cit.*, p. 37.

4. Hémar, *Des nullités de sociétés et des sociétés de fait*, p. 426, note 1 ; Demogue, *Rev. trim.*, 1905, p. 784 ; Gazin, *op. cit.*, p. 260.

ment en se compliquant par le mécanisme du rapport des dettes et le système des prélèvements et imputations. Or, il faut bien se rendre compte que le rapport successoral entraîne nécessairement une liquidation antérieure au partage puisqu'il s'agit alors d'établir la proportion des droits des cohéritiers sur les biens laissés par le défunt sur une base différente de celle indiquée par la vocation successorale collective (1). Mais il est évident que, dans la mesure où la liquidation est imposée par la loi, la notion d'affectation surgit en révélant le caractère patrimonial de l'ensemble des biens qui se trouvent soumis à cette liquidation (2).

En d'autres termes, en admettant la nécessité d'une liquidation entre cosuccesseurs antérieurement au partage, les juristes se sont trouvés dans l'obligation de reconnaître, au moins implicitement, le caractère patrimonial de la communauté d'héritiers.

Il s'agit donc ici d'un patrimoine de liquidation. L'on a prétendu, il est vrai, que l'idée d'un patrimoine créé spécialement pour être liquidé ne saurait correspondre à quelque chose de pratique (3). Cette opinion nous paraît discutable.

La notion d'un patrimoine d'affectation est suffisamment concrète, puisqu'elle nous permet de nous rendre compte

1. Il en résulte que lorsque plusieurs héritiers sont appelés simultanément à des successions distinctes, chacun d'eux a droit à une part dans chacune d'elles mais non à une seule quote dans la masse des successions confondues. Cass 8 juin 1859, S. 1859. I 574 et 29 déc. 1896, S. 1900. I. 519. Voir aussi Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, II, n° 2344.

2. Cass. 13 janv. 1909, S 1911. I 441 ; Dijon, 27 déc. 1905, S. 1907. II. 130.

3. Gazin, *op. cit.*, p. 314 ; Flach, *N. R. H.*, 1868, p. 476.

d'un certain nombre de particularités que nous avons rencontrées au cours de notre étude de la réglementation positive de la communauté successorale.

Elle donne leur véritable sens à ces phénomènes de subrogation réelle tels que la subrogation du prix de licitation au bien licité ; celle-ci s'explique très aisément par une application particulière du principe : *in judiciis universalibus, pretium succedit in loco rei et res in loco pretii* (1).

Elle permet de comprendre également que l'hérédité indivise échappe au droit commun de la possession puisqu'elle n'est pas soumise à l'article 2279 du Code civil (2) et qu'elle ne peut être mise sous séquestre bien que l'on admette, par ailleurs, qu'elle puisse faire l'objet d'une prescription acquisitive.

La notion d'affectation patrimoniale de la communauté d'héritiers nous explique comment la masse indivise peut faire l'objet au profit de chaque héritier d'un droit successif partiaire absolument autonome figurant dans son patrimoine personnel (3) mais radicalement distinct des droits qui appartiennent au cosuccesseur sur les objets particuliers de l'hérédité (4) et d'une structure très parti-

1. Saleilles, note sous S. 1894. II. 185 ; Aubry et Rau, IX, § 575 ; Stora, *De la subrogation réelle*, thèse 1901, p. 430 et s. ; Cf. Capitant, *Notions fondamentales*, 3^e éd., p. 238 et 239.

2. Aubry et Rau, § 621 bis, texte et note 43 ; Demolombe, XV, n^o 532 ; Baudry-Lacantinerie et Tissier, *Prescriptions*, n^o 839 ; Art. 707 du Code civil italien ; Cass. Rome, 6 juin 1903, *Giur. Ital.*, 1903, I, 723 ; Cf. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, n^o 2223.

3. Balleydier, note sous S. 1891. I. 306.

4. Rodière, *Rev. de lég.*, 1836, t. IV, p. 234 ; Aubry et Rau, § 359, note 24 ; Lassalle-Héron, *Des droits consentis par les copropriétaires ou nés de leur chef pendant l'indivision*, p. 43.

culière puisqu'il présente un mélange assez confus de caractères réels et de prérogatives personnelles (1).

Nous avons vu, en effet, que la nature de ce droit avait été très discutée. Les glossateurs parlaient ici d'un droit réel (2) et cette opinion a été recueillie par le droit autrichien (3) ainsi que par beaucoup d'auteurs qui veulent voir dans l'hérédité l'objet d'un droit de propriété *sui generis* (4). D'autres, au contraire, estiment que l'hérédité n'est autre chose que la transmission à l'héritier de la totalité des rapports juridiques du défunt. Cette conception soutenue principalement en Allemagne tend à faire de l'hérédité non pas une propriété mais un mode d'acquisition de la propriété (5). Il y a dans cette dernière attitude quelque chose qui peut paraître excessif.

Au surplus, nous devons avouer que ces discussions nous semblent quelque peu dépourvues d'intérêts. Il n'est pas indispensable de savoir dans quel compartiment juridique il convient de ranger la quote-part d'hérédité. Ce qu'il nous importe de constater, c'est que cette quote-part existe. Nous avons vu que son objet consistait à retirer une certaine valeur de la masse à partager. Nous avons vérifié que ce droit pouvait être aliéné par des procédés encore imparfaits, il est vrai, mais qui fonctionnent en fait.

Ce droit successif partiaire, ce *nomen juris* (6) est muni

1. Laurent, XXIV, n° 478 ; Troplong, *Vente*, II, § 907.

2. Accurse, *glose ad. Inst. pr. de hered. inst.*, 2, 14 ; Festus, v° *Heres*.

3. § 308 et 532 du Code civil autrichien.

4. Unger, *op. cit.* ; Aubry et Rau, § 615 et note 3 ; Duranton, III, titre I, n° 11 ; Chironi, II, § 437 ; Gianturco, *Instit.*, § 96.

5. Bruns dans l'*Encyclopédie de Holtzendorf*, § 95 ; Bonfante, *Effetti dell' acquisto dell' eredità*, n° 110 s.

6. Cass. Palerme, 28 nov. 1905, *Circolo*, 1906, p. 5.

d'un moyen de sanction nettement différencié qui consiste dans la *petitio hereditatis partiaria*. Certes, nous savons que l'on peut discuter sur la nature de cette *actio generalis* partiaria. Nous avons vu que certains parlent ici d'une action en déclaration d'hérédité (1), d'autres d'action mixte (2), alors qu'il nous semblerait plus exact de voir dans cette action une action réelle d'un caractère *sui generis* et portant sur l'hérédité tout entière (3). Mais, ici encore, nous ne voulons pas insister sur ces discussions académiques. Ce qui nous intéresse, c'est de remarquer que l'existence distincte d'une *petitio hereditatis* partiaria est la projection sur le terrain de la procédure de l'existence autonome de la quote-part de droit successif.

C'est enfin la notion d'hérédité indivise envisagée comme masse patrimoniale indépendante qui nous permet de comprendre pourquoi l'hérédité commune constitue jusqu'au partage le gage indivisible des créanciers successoraux qui se trouvent ainsi préférés aux créanciers personnels des cohéritiers (4). L'on sait, en effet, que c'est dans l'affectation à un passif particulier que réside l'un des principaux intérêts du concept technique de patrimoine (5).

Ainsi donc, la communauté héréditaire nous apparaît comme une situation juridique *sui generis* échappant aux règles du droit strictement individuel auquel, jusqu'à ce jour, on prétendait la soumettre (6). Elle doit être traitée

1. Pillet, *Rev. crit.*, 1884, p. 223 ; Bufnoir, *Propriété et Contrat*.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, 2^e éd., I, p. 656

3. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 316 ; Plastara, *La notion juridique de patrimoine*, thèse Paris, 1903, p. 50 ; Brinz, *Pandekt.*, § 56 ; Keller, *La procédure romaine*, § 15 ; Bethmann-Hollweg, *op. cit.*, I, § 41.

4. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 383, note 8 ; Gazin, *op. cit.*, p. 174.

5. Gazin, *op. cit.*, p. 363.

6. Génv, *Pand. franç.*, 1893, I, 435, col. 2 ; Mangin, *Situation*

comme une affaire en liquidation (1), c'est-à-dire comme un patrimoine affecté à un but déterminé et soumis à des règles particulières.

En d'autres termes, l'on rencontre dans la communauté d'héritiers les traits essentiels de la notion du patrimoine (2), l'affectation à un but précis, la séparation des dettes et la publicité qui, dans l'espèce, résulte du fait même du décès.

Dans ces conditions, nous estimons que l'hérédité indivise constitue, jusqu'au jour du partage, un véritable patrimoine autonome.

SECTION B. — LE CARACTÈRE INDÉTERMINÉ DES DROITS DU COHÉRITIÈRE SUR LES OBJETS INDIVIS.

Le deuxième principe de la théorie classique consiste dans l'affirmation que les droits des cohéritiers sur les valeurs indivises sont exactement déterminés dès le jour de l'ouverture de la succession.

Il repose en réalité sur deux postulats essentiels : 1° la possibilité d'une division quantitative des droits particuliers en quote-parts fractionnaires dont chacune participe de la nature et des attributs du droit entier ; 2° l'application de cette division fractionnaire des droits particuliers aux diverses facultés juridiques qui composent l'actif de la communauté d'héritiers.

juridique des sociétés dénuées de personnalité, Rev. crit., 1890, p. 697 s.

1. Demogue, *Des droits éventuels, Rev. trim. de dr. civ.*, 1903, p. 781.

2. Gazin, *op. cit.*, p. 326.

Or, il nous semble que ces deux directives fondamentales se trouvent démenties par les faits.

A. La notion d'une division quantitative des droits en quote-parts fractionnaires dont la structure serait identique à celle du droit entier n'avait pu être étendue par les jurisconsultes romains à la totalité des rapports juridiques.

Elle rencontrait, en effet, un obstacle de fait dans l'existence des droits indivisibles. Ces derniers sont indéterminés dans leurs conditions d'exercice puisqu'il est impossible d'indiquer à l'avance quel est celui des cocréanciers qui exigera le premier du débiteur commun le paiement de l'objet indivisible. Mais, en outre, ils sont indéterminés quant à leur valeur puisque le droit pour les cocréanciers de participer au bénéfice du droit exercé par l'un d'eux peut se trouver paralysé par l'insolvabilité de ce dernier.

Par contre, il pouvait sembler que la possibilité du fractionnement quantitatif dut garder sa pleine valeur à l'égard des créances divisibles et des droits réels tels que celui de propriété qui ne sont pas considérés comme naturellement indivisibles.

Mais c'est, croyons-nous, une illusion que de s'imaginer que des modifications quantitatives peuvent ne pas affecter l'essence même du rapport de droit.

Ces modifications peuvent, en effet, et en premier lieu, influencer sur la réglementation technique du rapport juridique. C'est ainsi que ce sont de simples différences quantitatives qui distinguent, par exemple, le simple cadeau de la donation soumise au rapport. De même, les actions personnelles obéissent à des règles différentes, en ce qui concerne la compétence et l'organisation d'un second degré

de juridiction, suivant que leur objet est inférieur ou supérieur à un certain chiffre.

Mais il y a plus. Les modifications quantitatives peuvent affecter jusqu'à la nature même du rapport de droit. C'est ainsi qu'une nullité peut apparaître comme relative ou absolue suivant la plus ou moins grande quantité de personnes qui peuvent l'invoquer. De même, l'étendue plus ou moins grande de la responsabilité d'un associé peut faire de ce dernier un simple commanditaire ou un associé en nom.

Il s'agit ici, croyons-nous, d'une notion qui déborde sur l'ensemble du droit. Le droit pénal ne considère-t-il pas, dans l'association de malfaiteurs, la complicité comme une circonstance aggravante (1) ? Le droit fiscal n'admet-il pas qu'une légère augmentation de revenu suffit à rendre passible de l'impôt celui qui, jusque-là, en avait été exonéré ?

Mais c'est principalement en droit civil que nous trouvons la trace de cette altération des rapports juridiques résultant de variations quantitatives. Un bail est un acte d'administration ou un acte de disposition suivant la durée pour laquelle il a été consenti. Une soulte peut constituer suivant son importance le complément d'une valeur d'échange ou le prix d'une vente (2).

Il convient de ne pas allonger la liste de ces exemples sur lesquels nous ne voulons pas insister plus longtemps. Mais il nous appartient d'en dégager la philosophie.

Il résulte des développements qui précèdent que les modifications quantitatives des éléments d'un rapport de droit n'ont pas seulement pour effet d'en restreindre ou

1. Art. 469, C. pénal.

2. Planiol, *op. cit.*, II, n° 946.

d'en amplifier le contenu. Dans la plupart des cas, elles entraînent, en outre, une altération qualitative de ce rapport.

Cette altération est visible même lorsqu'il s'agit de droits portant sur une créance attribuée à plusieurs titulaires. Certes, il est sûr que lorsque cette créance a pour objet des sommes d'argent l'on ne conçoit guère de parts idéales distinctes des parts réelles (1).

Toutefois, l'on est obligé de reconnaître que l'un des éléments de la créance divisée ne représente pas exactement la valeur d'une fraction de la créance totale ni au point de vue économique ni au point de vue juridique.

Il ne la représente pas au point de vue économique car il est loin d'être évident que quatre créances isolées de 500 francs ont la même valeur de puissance qu'une créance unique de 2.000 francs. Il ne la représente pas également au point de vue juridique et la preuve en est dans les innombrables difficultés que nous avons constatées au sujet du principe de la division des créances et des dettes dans ses rapports avec les règles de la compétence en dernier ressort ou avec celles de l'admission de la preuve testimoniale.

Toutefois, il faut reconnaître que cette altération qualitative à laquelle nous faisons allusion est particulièrement sensible lorsqu'il s'agit d'un droit réel tel que le droit de propriété. Les Romains avaient admis que, dans le *condominium*, le droit de propriété se divisait automatiquement en une série de quote-parts intellectuelles dont chacune participait de la nature et des attributs du *dominium* ori-

1. Van Biervliet, *Rev. pratique de not. belge, op. cit.*, p. 297 à 300.

ginaire en s'étendant sur chaque parcelle de la chose commune, de façon que chacun des ayants droit avait *totum in toto et in qualibet parte* (1). Il est aisé de comprendre comment l'on a été amené à cette conception singulière. L'on avait admis, en effet, qu'au cas d'indivision, le droit de chacun des communistes se trouve cantonné dans son exercice par la concurrence des prétentions rivales mais qu'il n'en garde pas moins les attributs spécifiques du droit complet (2).

Or, il faut bien reconnaître, en fait, qu'il est très difficile de concevoir une autolimitation réciproque exacte de plusieurs droits en conflit sur la même chose. Comment imaginer que la lutte entre plusieurs droits absolus aboutisse automatiquement à l'apparition d'une série de quote-parts arithmétiques ? La raison s'y refuse (3).

A la vérité, l'on peut admettre, à la rigueur, que des actes de disposition juridique peuvent se diviser, puisqu'il suffit aujourd'hui d'une simple convention pour transférer la propriété. Mais cette aliénation de la quote-part ne nous renseigne nullement sur le caractère divisible ou indivisible de ses attributs, c'est-à-dire de son contenu.

Or, parmi ces attributs, si le *frui* peut être considéré comme théoriquement divisible, il est certain qu'il ne peut y avoir de jouissance sans appréhension matérielle et par conséquent sans accomplissement de certains actes d'usage.

1. A ce sujet, Toullier, *op. cit.*, 6^e éd., II, p. 76, remarque avec raison que cette maxime qui peut être exacte pour la servitude ou l'hypothèque est certainement fautive en ce qui concerne la copropriété. En tout état de cause, le copropriétaire n'a pas *totum in toto* mais seulement *partem in toto*.

2. Windscheid, *Pand.*, § 142 ; Brinz, *Pand.*, I, § 131 ; Paoli, *Le succ. testamentarie*, p. 277.

3. Perozzi, *Saggio critico sulla teoria della comproprietà*, p. 88.

Mais ces actes d'usage, l'*uti*, se ramènent à des opérations d'appréhension et de détention qui sont radicalement indivisibles (1). Pour la même raison, les actes de disposition matérielle, c'est-à-dire les actes de destruction ou d'innovation sont également indivisibles. Remarquons, en effet, que ce n'est pas l'une des moindres singularités de ce droit de copropriété, tel que nous le connaissons dans la théorie classique, que de pouvoir faire l'objet d'actes d'aliénation juridique les plus graves alors que l'initiative matérielle la plus inoffensive sur la chose commune ne peut être accomplie sans l'assentiment de tous les individuels (2).

Enfin, en ce qui concerne l'administration de la chose commune, nous avons vu qu'on ne pouvait, en fait, en concevoir le fonctionnement que si elle est organisée régulièrement par la volonté commune des intéressés (3).

En résumé, l'exercice du droit de copropriété ne comporte pour son titulaire aucune des possibilités d'action autonome et privative du *dominium* si ce n'est peut-être le pouvoir d'empêcher les initiatives des autres communistes et qui s'incarne dans le *jus prohibendi*. Au point de vue positif, cet exercice se ramène à une participation, à une série de délibérations et d'entreprises effectuées en commun (4).

Il est donc inexact, croyons-nous, de concevoir la copropriété comme une part quantitativement différente

1. Ihering, *Zweck im Recht*, § 138 (p. 202 de l'éd. Meulenaere).

2. Jossierand, *Livre du Centenaire*, op. cit., p. 373 ; Micesco, *La personnalité morale de l'indivision*, p. 15.

3. Luzzatto, op. cit., p. 43 s.

4. Bianchi, *Della comunione*, p. 706 ; Luzzatto, op. cit., p. 58.

de la propriété mais qualitativement identique à cette propriété.

La copropriété se résout, d'une part, en un *jus prohibendi* et d'autre part, en un droit de participation à l'exercice d'une propriété collective. C'est ainsi que, avec la copropriété, nous nous trouvons mis en présence de la propriété collective (1). L'on sait le prestige qui s'est attaché récemment à ce concept juridique dans lequel certains ont voulu apercevoir comme une révélation du mystère de la personnalité civile (2). Toutefois, il faut bien reconnaître qu'un tel concept a besoin d'être précisé et de ne pas être confondu avec celui d'une pluralité de propriétés portant sur un objet unique. Ce dernier, en effet, n'est qu'une construction illogique et insoutenable (3).

A notre avis, la notion de propriété collective se ramène à cette idée simple que lorsque des copropriétaires sont d'accord pour agir en commun, ils ont à eux tous le même pouvoir sur la chose commune qu'aurait un propriétaire unique (4). Mais certains auteurs récents et notamment M. Luzzatto en Italie (5) et M. Van Biervliet en Bel-

1. Ramponi, *op. cit.*, p. 34; Cass. 16 janv. 1833, S. 1833. I. 87; Conseil d'Etat, 11 janv. 1907, D. 1908. III. 83.

2. Planiol, I, n° 3005 s.; Van den Heuvel, *De la situation des associations sans but lucratif en France et en Belgique. Contrà*; Saleilles, *Personnalité juridique*, p. 521.

3. Bonelli, *I concetti di comunione e di personalita nella teoria della societa commerciali*, *Riv. di dir. com.*, 1903, I, p. 285; De Vareilles-Sommières, *Définition et notion juridique de la propriété. Rev. trim. de droit civil*, 1905, p. 470.

4. *Contrà*: De Vareilles-Sommières, *Critique de la notion classique de copropriété*, *Rev. crit.*, 1907, p. 534 s.

5. Luzzatto, *La comproprietà nel diritto italiano*, 2 vol. Voir aussi Lessona, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1912, p. 369, note 4.

gique (1) sont allés plus loin. Avec beaucoup de verve et de dialectique, ils ont prétendu que la copropriété n'implique pas une réunion de plusieurs droits individuels sur une même chose mais un concours de volontés pour exercer sur une chose un droit collectif unique. De la notion de propriété collective, ces auteurs sont ainsi passés à celle d'une volonté collective qu'ils considèrent comme le seul et véritable sujet du droit approprié en commun.

Nous pensons, pour notre part, qu'il y a peut-être quelque exagération à envisager la copropriété comme la propriété d'une collectivité en déniaient ainsi au communiste tout droit privatif sur la chose commune (2).

De ce que quelqu'un est propriétaire avec plusieurs autres, il ne résulte pas nécessairement qu'il ne soit pas propriétaire du tout et il s'ensuit encore moins que sa volonté propre se trouve absorbée au point de disparaître dans une prétendue volonté commune (3).

Mais il n'en reste pas moins vrai que le droit de chacun des copropriétaires ne présente aucune homogénéité de structure avec le droit du propriétaire unique. S'il est parfaitement exact que l'accord des copropriétaires peut réaliser une volonté commune dont la plénitude effective est comparable à celle de ce propriétaire unique, encore faut-il remarquer que cet accord est bien aléatoire.

D'une façon générale, il est difficile de concevoir qu'il suffise d'additionner une série de droits relatifs et limités

1. Van Biervliet, *Les sujets collectifs en droit privé*, p. 5. Voir aussi, *Constitution d'hypothèque sur un immeuble indivis* (Rev. prat. de notariat belge, p. 228, 232 et 234.

2. Redenti, *Pluralità di parti nel processo civile*, p. 16, note 1; Bonfante, *Riv. di dir. civ.*, I, p. 286 s.

3. Coviello, *Manuale di dir. civ. it.*, I, § 64, p. 198.

pour reconstituer un droit absolu et illimité. C'est en ce sens qu'il nous apparaît bien hasardeux de considérer la copropriété comme une juxtaposition de propriétés fragmentaires (1).

Au surplus, les législations romanes n'ont pu se résoudre à pousser jusqu'à ses plus extrêmes limites l'idée que la copropriété n'était qu'un simple démembrement quantitatif de la propriété (2).

Il faut bien reconnaître, en effet, que la conception atomistique et quelque peu chimique de la copropriété, telle qu'elle était issue de la tradition classique, est absolument vide de sens (3).

Il y a plus. Cette notion de quote-part nous apparaît en réalité comme le produit d'une confusion terminologique. L'on avait commencé par imaginer que le copropriétaire était propriétaire pour partie. Mais le droit du propriétaire se confondant avec l'objet sur lequel il porte, l'on devait être amené à inventer un objet sur lequel pourrait porter le droit du copropriétaire. Et c'est ainsi que l'on en arriva tout naturellement à cette extravagante conception de la *pars indivisa*, de la quote-part intellectuelle qui est absolument idéale bien qu'elle constitue un corps certain (4).

La quote-part indivise n'est donc pas, à nos yeux, une quote-part fractionnaire de la propriété (5). Elle est qualitativement différente de cette dernière et l'appropriation

1. En ce sens, Van Biervliet, *op. cit.*, p. 234; Laurent, *op. cit.*, X, n° 242, qui d'ailleurs se contredit plus loin (XXVI, n° 443).

2. Art. 1670, C. civ.; art. 1525, C. civ. italien.

3. Valentin, *De la nature du partage*, thèse Poitiers, 1901, p. 53.

4. Perozzi, *Ist.*, p. 472; Josserand, *Livre du Centenaire*, *loc. cit.*

5. Tillard, *Des actes dissolutifs de communauté*, p. 22; Laurent, X, n° 242.

collective de la propriété nous apparaît moins comme la mise en communauté du *dominium* que comme une destruction de ce *dominium* (1).

Mais il ne suffit pas de définir négativement la copropriété en affirmant qu'elle est qualitativement différente de la propriété. Il faut préciser en quoi consiste, en réalité, le droit du copropriétaire. L'on a dit quelquefois que l'indivision impliquait la notion de plusieurs droits égaux et concurrents, mais il est évident que cette conception est insuffisante puisque le problème est précisément de savoir en quoi consistent ces droits identiques (2).

De ce que la part de propriété est qualitativement différente de la propriété, l'on a voulu conclure, en exagérant l'importance de l'activité collective dans l'organisation économique de la chose commune, que cette part ne constitue pas un droit réel pour la raison qu'elle manque de l'un des caractères essentiels du droit réel, à savoir l'exacte détermination objective (3). C'est en ce sens que certains auteurs ont voulu réduire la quote-part de copropriété à un simple droit purement personnel.

Nous savons qu'il n'est pas absolument sûr qu'il existe un critérium certain qui permette de distinguer le droit réel du droit personnel (4). Toutefois, il s'agit ici de deux catégories juridiques suffisamment définies au point de vue pratique pour que nous puissions désirer savoir à laquelle

1. Binder, *op. cit.*, p. 64 ; César Partheniu, *Le Droit social sur les choses*, p. 135 ; Roguin, *Règle de droit*, p. 272.

2. Partheniu, *op. cit.*, p. 134.

3. Ricol, *op. cit.*, p. 143 ; Cf. De Vareilles-Sommières, *Sur la définition juridique de la propriété*, *Rev. trim. de Dr. civ.*, 1905, p. 483, qui remarque précisément que, de tous les droits, le *dominium* est le seul qui soit indéterminé dans son étendue.

4. Rigaud, *op. cit.*, p. 155 s.

des deux peut se rattacher approximativement le droit de copropriété.

A cet effet, il convient de reprendre objectivement les données du problème (1) en passant outre à l'analyse parfois fantastique qu'ont donnée de la copropriété les pandectistes allemands et italiens et dont nous avons indiqué plus haut les singuliers avatars.

Efforçons-nous donc de regarder la copropriété telle qu'elle se présente à l'observation des faits.

Si nous nous plaçons à ce point de vue, nous serons forcés de reconnaître tout d'abord que la copropriété n'est pas un droit homogène (2) mais qu'elle se présente comme une combinaison de plusieurs éléments assez différenciés.

a) Nous y apercevrons en premier lieu un élément certainement réel qui consiste dans le *jus prohibendi*. Ce droit de veto sans limites et sans restrictions correspond à cette obligation passive universelle avec laquelle l'on s'est efforcé quelquefois d'identifier le droit réel.

Autrement dit, l'aspect négatif de la copropriété semble bien dériver d'un droit réel assez analogue à la propriété.

Aussi convient-il de reconnaître une certaine part de vérité à la théorie ancienne qui concevait la copropriété comme un *condominium plurium in solidum*. Il est vrai que l'on objectera, peut-être, que le copropriétaire n'est en aucun sens propriétaire parce que la propriété est un droit exclusif par essence (3). Mais cette objection peut être écartée car, en retournant l'argument, il est permis

1. Sur l'assouplissement de la notion d'indivision, voir Génv, *Méthodes d'interprétation*, 1^{re} éd., p. 134 s.

2. Bonfante, *Riviste di diritto civile*, I, p. 289.

3. Perozzi cité par Bonfante, *loc. cit.*, p. 290.

de prétendre que le copropriétaire est un propriétaire précisément dans la mesure où il a la faculté d'interdire à n'importe qui tout acte de jouissance ou d'usage de la chose commune (1).

b) Au point de vue positif, en ce qui concerne la jouissance, l'usage et l'administration de la chose indivise, la copropriété apparaît comme n'accordant à son titulaire qu'un droit de participation à une activité collective (2). Telle est la part de vérité qu'il convient de reconnaître aux théories récentes de M. Luzzato et Van Biervliet.

c) Mais tout n'est pas dit par là. La notion classique de quote-part n'est pas également dépourvue de vérité si on consent à reconnaître que cette quote ne porte ni sur le droit de propriété lui-même, ni sur la chose et ses éléments atomiques ni sur ses attributs mais exclusivement sur sa valeur.

En effet, du moment où, au jour du partage, le copropriétaire a le droit de réclamer un allotissement personnel correspondant à une part de la valeur de la chose commune, il est juste d'en conclure que pendant la durée de l'indivision, il possède effectivement une quote-part de la valeur économique de cette chose (3). Or, il faut bien reconnaître que ce droit d'allotissement est l'attribut sinon exclusif (4) tout au moins essentiel de la copropriété puisque il est la condition de la réalisation de cette copropriété principalement dans une civilisation juridique qui

1. Bonfante, *loc. cit.*

2. Bonfante, *loc. cit.*

3. En ce sens, Van Biervliet, *op. cit.*, p. 238, qui estime d'ailleurs qu'il ne s'agit ici que de parts fictives qui ne se réalisent que par le partage.

4. Magnillat, *De la subrogation réelle*, thèse Lyon, 1912, p. 314 s.

ne connaît que des indivisions instables dont le partage peut toujours être exigé.

Cette notion de droit à la valeur est assez récente (1). Ce n'est qu'à une époque très rapprochée de la nôtre que l'on s'avisa qu'à l'ancienne conception du droit sur la substance (*Substanzrecht*) intimement lié à la chose s'opposait le droit à la valeur (*Wertrecht*) qui représente au contraire une conception du droit essentiellement mobile et qui est parfaitement adaptée aux exigences de la civilisation économique moderne. Il ne nous appartient pas d'insister sur cette mobilisation progressive des facultés juridiques qui se manifestait déjà dans les sociétés primitives dans le contrat d'impignoration et qui s'épanouit complètement aujourd'hui dans les formes multiples de la fortune mobilière dont les titres de sociétés, les ameublissements en valeur, les dettes foncières, l'hypothèque, la dot incluse dans les paraphernaux constituent autant de manifestations particulières.

Qu'il nous suffise de constater que la copropriété nous apparaît essentiellement comme le droit de retirer d'une chose commune une quote-part de la valeur économique de cette chose (2).

Ainsi donc, et pour nous résumer, lorsqu'un droit particulier vient à appartenir à plusieurs titulaires, les prérogatives de chacun de ces derniers ne représentent pas

1. Kohler, *Substanzrecht und Wertrecht* (*Archiv für die civ. Praxis*, 1901, p. 155); Magnillat, *op. cit.*, p. 311 s.; Henry, *Subrogation réelle*, thèse Nancy, 1913, p. 377; Em. Lévy, *La transition du droit à la valeur* (*Rev. de métaphysique et de morale*, mai 1911).

2. La valeur doit être fournie par la chose elle-même. C'est pourquoi le partage en nature s'impose alors même que la licitation serait préférable. En ce sens, Cour d'appel Paris, 24 pluviôse an XII (S. chronol.).

une fraction quantitative mais une différenciation qualitative du droit entier bien que la plus importante de ces prérogatives consiste dans la faculté pour le titulaire d'exiger une part fractionnaire dans la réalisation de la valeur du droit commun.

B. Ceci posé, la question se pose de savoir si cette conception de la division des rapports de droit peut être légitimement étendue aux diverses facultés juridiques qui constituent l'actif d'une communauté d'héritiers.

L'on peut admettre, en effet, que chaque héritier ayant un droit fractionnaire sur l'hérédité globale possède également un droit fractionnaire sur chacun des objets qui la composent. Cette notion très simple est fort ancienne. On en retrouve des traces dans l'ancien droit babylonien et c'est elle, à coup sûr, qui paraît avoir inspiré la construction romaine de l'indivision successorale (1).

Mais cette conception devait être écartée avec le développement de la civilisation juridique. Elle conduisait en effet à cette conséquence que les modifications qui peuvent se produire dans les relations entre héritiers à l'occasion de la dévolution successorale collective restent sans influence sur l'étendue de la part des cosuccesseurs dans les biens communs.

Nous avons vu comment l'apparition de la notion d'universalité juridique et celle de la nécessité d'une liquidation devaient conduire à cette idée que certains cohéritiers doivent nécessairement être apportionnés avec les quittances des dettes dont ils sont redevables envers leurs consorts. Il en résulte que les prétentions de ces cohéritiers débiteurs sur les biens laissés par le défunt se trou-

1. Kohler und Peisen, *Aus dem babylonischen Rechtsleben*, II, 62.

vent diminuées jusqu'à concurrence de la valeur de ces dettes dont on leur impose le paiement par imputation sur leur part héréditaire.

Par suite, le droit effectif de chaque héritier sur les biens existants dépend des résultats de la liquidation et, jusqu'à ce moment, reste absolument indéterminé.

Cette notion de part indéterminée semble avoir été ignorée des jurisconsultes romains. On a voulu expliquer ce fait par la raison que les Romains étaient des mauvais calculateurs (1). Ce qui est sûr, c'est qu'elle trouva de bonne heure son expression dans les législations germaniques grâce à l'institution de la propriété en main commune. Elle devait s'introduire plus récemment dans les législations issues de la tradition romaine à la suite de la théorie de l'effet déclaratif du partage dont nous avons relevé l'origine historique dans une procédure empirique de l'époque féodale, mais que l'on a voulu faire remonter aux anciennes traditions juridiques indo-européennes et en particulier aux conceptions indoues de l'école du Bengale (2).

Il résulte de cette conception nouvelle une série de conséquences d'une importance fondamentale.

a) Les droits du cohéritier sont exactement déterminés sur l'ensemble de l'universalité que constitue la masse successorale indivise, en ce sens qu'ils impliquent pour leur titulaire le droit de recueillir dans cette masse une valeur fractionnaire correspondant à sa vocation héréditaire. Mais cette valeur ne repose en aucune façon sur les

1. Kohler, *Substanzrecht und Wertrecht*, *passim*.

2. Voir, à ce sujet, Kohler, *op. cit.*, qui se réfère à Jimuta Vahana, fondateur de l'école de Bengale et notamment à ses *Dāya Bhāga*, I, 8 (Traduction Colebrookes, Calcutta, 1810, p. 4).

biens particuliers puisque, au jour du partage, elle peut se trouver complètement absorbée par l'effet d'un rapport en moins prenant. En d'autres termes, les droits du cohéritier sur la masse nette de l'hérédité peuvent être totalement différents de ceux qu'il peut invoquer dans la masse brute.

Il en résulte que, jusqu'au partage, les droits de chaque cohéritier sur les objets héréditaires sont absolument indéterminés. C'est la liquidation qui fixe les droits qu'il peut réclamer dans la masse nette et ces droits sont tellement distincts des quotes-parts héréditaires qu'il peut arriver qu'ils ne puissent être ramenés à un diviseur commun (1).

C'est là qu'éclate, à notre avis, la différence profonde qui sépare le copropriétaire du cohéritier. Alors que le copropriétaire a tout au moins une quote-part de la valeur des biens indivis, la quote-part de valeur qui appartient au cohéritier ne porte que sur l'hérédité globale mais non sur les biens particuliers qui la composent. Sur ces derniers, le cohéritier ne possède aucun droit déterminé.

L'on a dit, il est vrai, qu'il en était propriétaire sous condition suspensive (2). Mais cette conception qui fausse singulièrement la notion technique de condition nous paraît particulièrement équivoque puisqu'elle laisse entière la question de savoir quel est celui des cohéritiers qui,

1. Nancy, 2 mars 1886, S. 1888. II. 206.

2. Demolombe, XVII, § 264 ; De Folleville, *De l'effet déclaratif du partage*, n° 35 ; Brault, *De l'effet déclaratif du partage au point de vue fiscal*, thèse Paris, 1905, p. 63 ; Van Biervliet, *op. cit.*, p. 264 ; Conclusions du procureur général Beaudouin sous Cass. 5 déc. 1907, *Gaz. Trib.*, 1907, p. 4115, 2^e col. Voir également en Italie : Pacifici-Mazzoni, *Vendita*, I, n° 411 ; Vitalevi, *Della comunione dei beni*, II, p. 493.

pendant la durée de l'indivision, se trouverait propriétaire sous condition résolutoire (1).

Nous préférons reconnaître tout simplement que, pendant l'indivision, chaque propriétaire est propriétaire des biens communs avec ses consorts avec cette particularité qu'il possède, en outre, le droit éventuel de s'en voir reconnaître rétroactivement propriétaire exclusif au jour du partage.

Telle est la conception qui, formellement proclamée lors des travaux préparatoires (2) du Code civil, consacrée par certaines dispositions positives (3) et en particulier par l'article 883 du Code civil, a fini par triompher dans la doctrine (4) et dans la jurisprudence (5).

b) Cette notion d'indétermination des droits du cohéritier sur les valeurs indivises s'applique à tous les éléments de la masse active et même aux droits incorporels tels que les créances. Il n'y a pas de raison, en effet, pour que certains éléments de la masse tels que les créances de sommes d'argent soient répartis immédiatement entre

1. Lamane, *op. cit.*, p. 53 s.; Josserand, *op. cit.*, p. 372.

2. Voir les très intéressantes déclarations du tribun Lahary au Corps législatif, le 28 ventôse an XII (Fenet, 45, p. 539).

3. Art. 889, C. civ.; art. 975 et 976, C. procéd. civ.

4. Toullier, *Droit civil français*, IV, § 562; Aubry et Rau, § 625, note 23; Lyon-Caen, note au S. 1894. I. 274, col. 1; Labbé, note au S. 1889. I. 496; Glasson, note au D. 1903. II. 481; Giraud, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1904, p. 526 s.; Pilon, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1905, p. 679; Conclusions du substitut Brouhot sous trib. Seine, 12 avril 1904, *Gaz. Trib.*, 1904, 1^{re} partie, p. 672. C'est cette même idée de droit éventuel que M. Luzzatto prétend appliquer à la copropriété ordinaire (*op. cit.*, p. 143 et 145).

5. Cass. 12 janv. 1909, D. 1910. I. 33; Paris, 19 déc. 1891, sous Cass. 19 fév. 1894, S. 1894. I. 275; Dijon, 27 déc. 1905, S. 1907. II. 130; Bordeaux, 26 juin 1906, S. 1907. II. 270.

les successeurs et échappent ainsi à la liquidation (1). Le fait que chaque héritier peut poursuivre le créancier commun pour sa part est le seul vestige qui subsiste aujourd'hui de l'antique adage : *nomina erecta sunt*.

Mais cette solution traditionnelle et peu élégante (2) qui nous est malheureusement imposée par les textes n'implique nullement une attribution définitive du produit de cette part de créance que le cohéritier a la faculté d'exercer librement. En d'autres termes, l'article 1220 du Code civil ne règle qu'une question de poursuite et non pas une question d'attribution. Pour le reste, les créances sont traitées comme des éléments d'actif. Le cohéritier ne possède sur elles qu'un droit éventuel (3) qui se réalisera par une liquidation dont la nécessité s'impose alors même que la succession ne comprendrait aucun autre élément d'actif (4).

C'est ainsi que les juristes sont amenés à parler aujourd'hui de créances indivises (5) en reconnaissant la légitimité d'une catégorie juridique qui était restée complètement ignorée du droit romain. Celui-ci n'avait connu en face de la divisibilité que l'indivisibilité. Mais l'indivision des créances est profondément distincte de leur indivisibilité. En effet, elle n'affecte aucunement la nature du

1. Alger, 24 déc. 1877, S. 1878. II. 214.

2. Colin, note sous D. 1908. I. 114, col. 2.

3. Legrand, *Gaz. Tribunaux*, 18 et 19 oct. 1907 ; Conclusions du procureur général Beaudouin précitées.

4. Voir, à ce sujet, références dans Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succ.*, II, § 2138 ; Cf. Cass. 17 janv. 1870, D. 1870. I. 302 ; Paris, 20 mai 1892, D. 1892. II. 357.

5. Cass. 10 déc. 1901, S. 1902. I. 503 ; Paris, 5 juillet 1904, *Gaz. trib.*, Rec. 1904. II. 484 ; Aubry et Rau, § 635, note 8.

rapport de droit ; elle ne constitue qu'une simple modalité résultant de la nature des relations personnelles des cocréanciers et qui, par suite, doit nécessairement disparaître avec le partage.

c) Le cohéritier ne possédant sur les objets héréditaires qu'un droit simplement éventuel, l'on s'explique qu'il ne puisse céder sur ces objets qu'un droit également éventuel (1) puisque *nemo dat quod non habet*. L'effet déclaratif du partage apparaît donc ici comme une nécessité logique et comme une conséquence directe de la structure de la communauté d'héritiers.

A la vérité, lorsque le cohéritier aliène son droit sur une chose commune, l'aliénation n'est pas valable pour sa part et nulle pour la part de ses consorts comme portant sur la chose d'autrui. L'opération est pleinement valable mais elle ne produira un résultat effectif que si la chose est mise dans le lot de l'aliénateur au jour du partage (2).

Il n'en reste pas moins vrai que les cohéritiers peuvent parfaitement se mettre d'accord pour consentir sur les biens indivis des droits définitifs au profit des tiers.

Cette faculté peut paraître surprenante car l'on conçoit difficilement que la cession de plusieurs droits éventuels puisse équivaloir à l'aliénation d'un droit effectif.

Cependant, ce résultat est facile à comprendre pour peu que l'on fasse appel à la notion du sujet collectif. Il convient toutefois de remarquer que cette explication ne peut avoir de valeur que dans les cas d'aliénation simultanée tels que la licitation. Or, il arrive fréquemment que les

1. Luzzatto, I, p. 110; Toulouse, 30 juillet 1888, S. 1889. II. 99.

2. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *op. cit.*, III, n° 3337.

cohéritiers qui veulent aliéner un droit indivis au profit d'un tiers, par exemple, constituer une servitude sur un immeuble héréditaire, procèdent à cette opération d'une façon successive. Dans ce cas, il est curieux de constater que cette série d'aliénations particulières dont chacune considérée isolément est absolument inopérante produit cependant un effet complet et définitif. Nous nous trouvons ici en présence d'une manifestation de ce phénomène juridique très curieux qui est resté jusqu'à ce jour assez peu étudié en France (1) et que l'on désigne du nom d'acte complexe (*Atto complesso*, *Gesamtakt*). Il s'agit, dans l'espèce, d'un concours de plusieurs volontés dirigées vers le même but qui, isolément, sont complètement inefficaces mais qui par leur réunion n'en produisent pas moins un effet de droit. L'acte complexe forme une catégorie juridique intermédiaire entre l'acte unilatéral dont il possède l'unité et le contrat dont il présente la pluralité d'auteurs. Il est le résultat non pas d'une addition mais d'un produit, d'une fusion de volontés.

d) Enfin, les droits des cohéritiers sur les biens indivis qui sont restés indéterminés pendant la durée de l'indivision sont fixés par la procédure de liquidation et du partage.

Puisque les quotes-parts n'existaient pas pendant la durée de l'indivision, il s'ensuit que le partage ne peut s'ana-

1. Voir cependant de Bezin, *Exposé des théories allemandes sur l'acte complexe*, *Recueil de législation de Toulouse*, 1903, p. 289. Voir en Allemagne : Kuntze, *Der Gesamtakt* ; Triepel, *Völkerrecht und Ländrecht*, p. 33 ; Gleitsman, *Vereinbarung und Gesamtakt* et en Italie ; Brondi, *Atto complesso*, dans les *Studi giuridici* en l'honneur de Schupfer, *Diritto odierno*, p. 573 ; Donato Donati, *Atto complesso*, *Archivio Giuridico*, XII, 1, 1903 ; Barassi, *Istituzioni di diritto civile*, § 36.

lyser en un transfert réciproque de ces quotes. Il en résulte que le partage ne constitue pas un acte translatif, tout au moins au sens où l'entend la tradition classique qui persiste encore aujourd'hui à ne voir dans l'article 883 que l'effet d'une fiction (1).

Mais il ne faut pas en conclure que la théorie qui attribue au partage un caractère naturellement déclaratif soit absolument satisfaisante (2). En effet, l'allotissement consiste dans la réalisation au profit de l'un des héritiers d'une éventualité qui existait également pour chacun d'eux. Il est certain que cette réalisation est d'autant plus probable que la part du cohéritier est plus forte. C'est pourquoi l'on pourrait concevoir qu'un cohéritier qui possède une vocation héréditaire presque totale ait, pendant la durée de l'indivision, des droits d'une qualité infiniment plus consistante que ceux qui appartiennent à ceux de ses consorts qui ne sont appelés que pour une part infime dans la succession (3). Mais il n'en est pas moins vrai que l'allotissement consiste dans la réalisation d'un droit qui jusque-là n'était qu'éventuel (4). C'est en ce sens que l'on a pu dire que le partage n'avait pour effet que de fixer la propriété (5). Ce partage s'opère en fait par une série de renonciations des cohéritiers de l'attributaire à leurs droits éventuels sur le bien attribué. L'on a même

1. Bertauld, *Récentes applications de l'article 883 du Code Napoléon* (Rev. crit., 1864, p. 385); Van Biervliet, *op. cit.*, p. 246; Cf. Coviello, *Della trascrizione*, I, p. 228 s.; Ricci, *Corso*, IV, n° 91 s.

2. Gény, *Méthode*, 1^{re} éd., p. 244.

3. En ce sens, Orléans, 28 déc. 1906, *Le Droit*, 19 février 1907; Bruxelles, 21 mars 1908, *Pasicrisie*, 1908, II, 28.

4. Sur le caractère indéterminé de l'action en partage voir Cass. 4 nov. 1914, D. 1916. I. 269.

5. Dramard, *France judiciaire*, année 1892, I, p. 213.

été jusqu'à soutenir qu'il devait s'analyser en une transmission par la collectivité des cohéritiers à l'attributaire du droit qui appartenait à cette collectivité (1).

Quoi qu'il en soit, il est certain que l'attribution repose sur un acte qui succède à une époque d'indivision caractérisée par un régime de propriété collective.

Or, la théorie du partage déclaratif avec sa conséquence nécessaire de rétroactivité considère que l'attributaire a recueilli personnellement et exclusivement le bien qui est mis dans son lot et cela depuis le jour de l'ouverture de la succession. Une telle conception a pour effet de supprimer rétroactivement jusqu'à l'existence même de l'indivision !

L'on peut invoquer qu'il ne s'agit ici que de l'effet qui s'attache à la réalisation de toute condition suspensive. Mais nous avons vu que la théorie suivant laquelle le cohéritier possède sur les valeurs indivises un droit soumis à une condition suspensive heurte de front les principes juridiques les plus certains et ne saurait donc être accueillie (2).

L'effet déclaratif et rétroactif du partage repose donc sur une fiction. La théorie la plus subtile ne doit pas prévaloir contre ce fait indiscutable que la propriété exclusive des biens héréditaires ne se trouve pas immédiatement transmise du défunt aux attributaires définitifs. Dans

1. Van Biervliet, *op. cit.*, p. 264 ; Luzzatto, *op. cit.*, p. 155.

2. Cf. Cass. 12 janv. 1909, S 1909. I. 361. Remarquons, au surplus, que cette rétroactivité de la condition n'est elle-même qu'une fiction à moins qu'on ne l'envisage comme une conséquence nécessaire de la réalisation d'un droit à sujet indéterminé, ce qui peut paraître assez discutable (Desserteaux, *op. cit.*, p. 293, note 2 ; Cf. Naquet, *Rev. de l'enregistrement*, 1908. p. 150).

l'intervalle, il s'est écoulé un espace de temps plus ou moins long pendant lequel les biens ont cessé de se trouver soumis au régime de la propriété individuelle exclusive. En réalité, l'ouverture d'une communauté d'héritiers a pour but de faire succéder, en ce qui concerne les biens du défunt, un régime de propriété collective à celui de la propriété individuelle. C'est le partage qui met fin à cette propriété collective temporaire pour restaurer la propriété individuelle au profit des divers cohéritiers apportionnés (1).

SECTION C. — L'AFFECTATION DU PATRIMOINE INDIVIS AU PAIEMENT DES DETTES DU DÉFUNT

Le troisième principe de la théorie classique repose sur la division automatique des dettes du défunt entre les divers successeurs. Nous avons vu qu'il ne s'agissait là que d'une conséquence, peut-être assez inattendue, du principe de la continuation de la personne (2).

De tous les postulats de la théorie traditionnelle, c'est à coup sûr celui-ci qui a subi le moins d'altérations.

De nos jours encore, il reste vrai que les dettes successorales se divisent immédiatement entre les héritiers.

Toutefois, il convient de rappeler que ce principe divisoire subit avant le partage des atténuations très importantes.

Il en présente, en premier lieu, sur le terrain procé-

1. L'on comprend dès lors que la garantie existe en matière de partage, alors qu'elle est complètement inexplicable dans la théorie de l'effet déclaratif (Van Biervliet, *op. cit.*, p. 266).

2. Voir cependant Ricol, *op. cit.*, p. 22 et 23.

dural par suite de la reconnaissance très contestée, il est vrai, de certains phénomènes d'indivisibilité passive et de représentation mutuelle entre cohéritiers.

Mais il y a quelque chose de plus important et de plus suggestif. Nous avons vu, en effet, que l'hérédité formait le gage indivisible des créanciers successoraux jusqu'au jour du partage.

A la vérité, cette notion d'une certaine correspondance qui doit nécessairement exister entre la liquidation de l'actif et celle du passif successoral était contenue dans le concept d'universalité juridique.

L'on sait, en effet, que la cession de droits successifs implique pour le cessionnaire l'obligation d'assumer vis-à-vis de son cédant la responsabilité d'une quote-part du passif proportionnelle à la part héréditaire dont il s'est rendu acquéreur.

Pourtant, cette conception devait se développer parallèlement avec celle d'affectation. N'est-ce pas en effet un principe de raison que, pendant la durée de la liquidation, le patrimoine du défunt doit nécessairement survivre à ce dernier dans son unité globale (1)? Par suite, l'actif du défunt qui était affecté au paiement de ses dettes continue à être le gage exclusif de ses créanciers par préférence aux créanciers personnels des cosuccesseurs. Cela se conçoit parfaitement puisque l'affectation du patrimoine n'a pas changé. L'on a remarqué avec raison, à ce sujet, que le décès ne fait qu'interrompre la vie active du patrimoine du défunt qu'il faut liquider tel qu'il se comportait à cette époque, en le dégageant des charges qui pesaient sur lui (2) avant de le

1. Desserteaux, *op. cit.*, p. 478 ; Cf. Luzzatto, II, p. 99 et 100 qui fait naturellement intervenir ici sa conception du sujet collectif.

2. Donnedieu de Vabres et Nast, *op. cit.*, p. 188.

répartir entre les ayants droit. Le domaine de l'article 2093 s'étend aux biens de tout être réel ou moral, c'est-à-dire de tout patrimoine autonome, tel que la succession indivise (1).

C'est ainsi que nous nous trouvons conduits à évoquer, à propos de la succession indivise, la notion d'un patrimoine distinct ayant ses dettes personnelles à liquider et dont la valeur active nette seule doit être partagée entre les héritiers (2). En d'autres termes, nous assistons ici à une consécration timide mais cependant nettement caractérisée de ce principe germanique de la succession aux biens qui, après avoir été reconnu par notre pratique notariale, a fini par être sanctionnée par notre jurisprudence (3).

SECTION D. — LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS CONSIDÉRÉE COMME UNE COMMUNAUTÉ ORGANISÉE A PERSONNALITÉ LIMITÉE.

Arrivons enfin au dernier principe de la théorie classique. Nous savons qu'il consiste dans l'affirmation de l'absence normale de tout rapport et, en particulier, de toute relation spécifique de cohérédité entre les divers successeurs.

Cette conception dut être cependant progressivement abandonnée. Après avoir proclamé que l'indivision n'est qu'un simple état passif, la théorie classique fut vite obligée de reconnaître entre les communistes l'existence

1. Micas, *La communauté légale est un être moral*, p. 59.

2. Gazin, *op. cit.*, p. 112.

3. Rappelons ici les motifs remarquables de l'arrêt de la Cour de Paris du 5 juillet 1904, *Rec. Gaz. trib.*, 1904. II. 484.

de certaines obligation réciproques qui, réduites tout d'abord à l'obligation du partage, ne cessèrent de s'étendre avec le développement de la théorie des *prestaciones personales*.

C'est alors qu'apparut le concept de *communio*, c'est-à-dire d'un état de communauté auquel l'on s'efforça de rattacher les obligations en question. Comme ces obligations paraissaient contredire le principe d'indépendance mutuelle sur lequel s'appuyait la théorie, on s'efforça de les expliquer par l'existence d'un prétendu quasi-contrat.

Cette fiction n'était qu'un masque qui recouvrait assez mal la vérité juridique.

Nous avons vu, en effet, que la nature même de la copropriété suscite certaines relations mutuelles entre communistes qui ne sont nullement exceptionnelles mais qui sont impliquées par le fonctionnement même de cette copropriété. Nous avons constaté que l'un des principaux attributs de la copropriété consiste, pour le communiste, dans un droit de participation à une propriété collective et qu'il s'agit tellement peu, dans l'espèce, de relations exceptionnelles que certains interprètes contemporains ont prétendu trouver dans ces relations l'essence même du droit de copropriété.

L'obligation de communauté doit donc nous apparaître comme une manifestation nécessaire et nullement anormale de la copropriété.

Mais il convient d'ajouter que lorsqu'il s'agit de cohéritiers, cette obligation se présente avec des caractères tels qu'il est impossible de la ramener à l'obligation de communauté issue de la copropriété ordinaire (1).

1. Laurent, Avant-projet de révision du Code civil sur l'art. 939,

La communauté héréditaire se distingue de la communauté ordinaire par son origine puisqu'elle dérive du fait légal de la dévolution successorale collective alors que la communauté ordinaire est issue généralement de la convention des parties (1).

Elle s'en distingue généralement par son étendue puisqu'au lieu de porter sur un droit particulier, elle affecte une universalité juridique à caractère patrimonial.

Elle s'en distingue enfin et surtout par son but puisque la communauté ordinaire n'a généralement pour objet que de satisfaire l'intérêt commun des parties alors que la communauté successorale est affectée à un but de liquidation.

L'on s'explique, dans ces conditions, que l'on rencontre dans la communauté certaines obligations telles que l'obligation au rapport qui sont inconnues de la communauté ordinaire. L'on comprend également que, à la différence des obligations nées de la communauté particulière, les obligations issues de la communauté d'héritiers obéissent à un régime particulier qui, ainsi que nous l'avons vu, s'exprime dans un compte de liquidation (2) et aussi

no 4. Cette distinction se manifeste au point de vue technique en ce sens que les auteurs modernes et les codifications récentes traitent séparément de la communauté ordinaire et de la communauté héréditaire (Arndts-Serafini, *Pandette*, § 320 et 327; Windscheid, *Pand.* 449 et 608; *B. G. B.*, § 741 s. et 2032 s.).

1. Toutefois, il ne faut pas exagérer le caractère *incidens* de la communauté d'héritiers. C'est ainsi que l'acceptation de la succession par les consorts d'un cohéritier renonçant empêche celui-ci de revenir sur sa renonciation car celui qui accepte la succession a le droit de ne reconnaître comme ses cohéritiers que ceux qui n'ont pas renoncé (Demolombe, *op. cit.*, XV, 65; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 613, note 22).

2. Cass. 48 juin 1908, S. 1910. I. 369.

dans la reconnaissance d'un certain *affectus fraternitatis* qui doit imprégner les relations mutuelles des cosuccesseurs.

Ces obligations, si nettement différenciées, nous font apparaître la communauté héréditaire comme tout autre chose qu'un simple état passif mais comme une véritable institution juridique dont il convient de préciser les caractères.

Qu'il nous soit permis de rappeler, à ce sujet, que nous entendons par communauté d'héritiers l'institution juridique qui résulte d'une pluralité d'héritiers envisagés comme tels depuis le jour de l'ouverture de la succession jusqu'à celui du partage.

Or, il nous apparaît que cette institution possède une réalité juridique incontestable puisqu'elle se trouve être, en fait, le véritable sujet des droits collectifs pendant la durée de l'indivision (1). Autrement dit, les biens indivis sont l'objet d'une propriété collective dont le sujet est précisément la collectivité des successeurs, c'est-à-dire la communauté d'héritiers.

Faut-il en conclure que cette communauté d'héritiers constitue un groupement qui absorbe à ce point l'individualité des participants qu'on puisse l'envisager comme une sorte de personne morale (2) ?

Il convient de reconnaître que certains faits permettraient d'incliner vers cette dernière opinion.

1. Goubeaux, *op. cit.*, p. 176 ; Amiens, 14 août 1821, S. 1824. I. 342 ; Cass. 46 janv. 1833, S. 1833. I. 87.

2. L'on peut, par contre, écarter immédiatement la question de la personnalité morale en envisageant la succession indivise comme une affaire en liquidation soutenue par son affectation, mais sans titulaire personnifié. En ce sens : Demogue, *op. cit.*, *Rev. trim. de droit civil*, 1905, p. 781.

Remarquons, en premier lieu, que les dispositions de l'article 59, al. 6 du Code de procédure civile peuvent évoquer l'idée d'un domicile particulier appartenant à la succession envisagée comme être moral (1).

Observons, en outre, que l'article 447, al. 3 du même Code, en prévoyant qu'un jugement peut-être signifié collectivement à tous les héritiers sans désignation de noms ou de qualité, pourrait s'expliquer en attribuant à la communauté d'héritiers le caractère d'une personne juridique distincte (2).

L'Administration ne reconnaît-elle pas également que les cohéritiers peuvent être inscrits sur les rôles de la contribution foncière et des portes et fenêtres sous une dénomination collective (3) ?

L'on peut ajouter, au surplus, que la communauté d'héritiers est si bien personnifiée qu'elle a son passif propre et distinct du passif personnel de ses membres. Or, chacun sait que c'est là précisément le trait essentiel et distinctif de la personnalité juridique (4). Nous avons remarqué, en outre, que le cohéritier créancier était primé par les créanciers successoraux mais qu'il primait les créanciers personnels de ses consorts. Mais cette particularité se rencontre également dans la communauté conjugale où la femme prime les créanciers du mari mais

1. Orléans, 11 janv. 1845, S. 1846. II. 187 ; Trib. Seine, 6 mai 1907, *Gaz. Pal.*, 1907, I, 579 ; Demolombe, XV, n° 629 ; E Pilon, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1906, p. 419.

2. Il est vrai que ce texte est d'interprétation stricte, Cass. 7 mai 1818, S. 1819. I. 423 ; Orléans, 25 mars 1831, S. 1831. II. 279.

3. Conseil d'Etat, 11 janv. 1907, D. 1908. III., p. 82 ; art. 819 du *Recueil des lois et règlements sur le cadastre*.

4. Gazin, *op. cit.*, p. 182 ; Micas, *op. cit.*, p. 59 ; Mangin, *op. cit.*, *Rev. critique*, 1890, p. 702 ; Bonelli, *op. cit.*, p. 36.

est primée par ceux de la communauté. Or, il est singulier de constater que, en ce qui concerne la communauté conjugale, ce résultat n'a pu être expliqué qu'en attribuant à la communauté, pendant sa dissolution, un caractère fictif de personnalité (1).

Enfin, cette conception théorique n'est-elle pas d'accord avec l'intuition du langage populaire qui parle couramment de la succession X, des héritiers Y, en attribuant à ces qualifications la valeur de véritables entités ?

Aussi, ne faut-il pas s'étonner si l'on a prétendu quelquefois que la communauté héréditaire constituait une personne morale.

C'est ainsi que l'on a soutenu que la personnalité du défunt survivait à ce dernier en se perpétuant jusqu'au jour du partage (2). L'on a même quelquefois parlé de la cohérence qui, sur le terrain du droit successoral, doit correspondre à la société (3). Plus récemment encore, certains interprètes ont voulu apercevoir dans l'indivision

1. En ce sens, Picard, *De la preuve par commune renommée*, p. 47, qui s'oppose d'ailleurs à l'extension de cette interprétation à la communauté d'héritiers.

2. Locré, *op. cit.*, XXI, p. 400, Demolombe, XV, n° 629; Donne-dieu de Vabres et Nast, *op. cit.*, II, p. 293; E. Pilon, *op. cit.*, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1906, p. 419; Savigny, *Traité de la prescription*, § 11; Marcus Holdheim's, *Monatschriften für Handelsrecht*, p. 87. Voir aussi Desserteaux, *op. cit.*, p. 478 et Gazin, *op. cit.*, p. 175. En Annam, la communauté d'héritiers a une existence légale par suite de son inscription au *diabô* qui constitue une sorte de livre foncier. Cette inscription est effectuée par le fils aîné. Elle est valable pour trois ans, période qui correspond à la durée du deuil. Voir à ce sujet Briffaut, *Etude sur les biens culturels familiaux en pays d'Annam*, p. 20.

3. Trib. d'Amiens, 14 fév. 1895, *Rec. Amiens*, 1895, 94.

successorale la propriété d'un sujet collectif personnifié (1).

Que faut-il penser de telles conceptions ?

Certes, la notion de personnalité morale a subi de nombreuses vicissitudes. Le concept de sujet de droit appartenait au groupe avant de devenir le privilège de l'individu. Mais la notion de l'individu juridique qui s'est dégagée de la personnalité de la collectivité familiale, après avoir atteint son apogée au XVIII^e siècle, a dû faire sa place à la conception de certaines collectivités nouvelles (2).

C'est un des aspects de cette évolution philosophique que nous offre l'histoire du concept de personnalité morale au cours du XIX^e siècle. D'abord très largement conçue, la personnalité fut comprise ensuite d'une façon plus restrictive à la suite de décisions de la Cour Suprême de 1860 (3) et de 1865 qui refusèrent successivement le privilège de la personnalité à la communauté conjugale et à la société civile. Mais l'arrêt du 23 février 1891 (4) marque le retour vers une conception plus libérale (5). Ce revirement devait s'accélérer à la suite de la loi du 1^{er} août 1893 sur les sociétés civiles à forme commerciale et l'on prétend volontiers aujourd'hui attacher le caractère de la personnalité morale à la communauté conjugale ainsi qu'à l'indivision qui suit la dissolution de cette communauté (6).

1. Voir notamment Luzzatto, *op. cit.*, § 21 et 27 et notamment p. 35.

2. Bruggelles, *Le droit et l'obligation ou le rapport juridique*, *Rev. trim.*, 1909, p. 303.

3. D. 1860. I. 485.

4. D. 1891. I. 337, S. 1892. I. 73, note Maynial.

5. Hémard, *Rev. trim. de dr. civ.*, 1912, p. 677; Génys, *op. cit.*, n° 70; Hayem, *Sociétés civiles*, p. 147 et 151; Planiol, II, n° 1942 s.

6. Picard, *De la preuve par commune renommée*, p. 43 s.

L'on conçoit que, dans ces conditions, il est possible de soutenir sans paradoxe que la communauté d'héritiers constitue une personne morale (1).

Ce n'est pas à dire, cependant, que nous nous rallions à une telle conclusion.

Si, en effet, la communauté héréditaire présente certains attributs de la personnalité morale tels que le domicile et l'affectation des biens indivis aux créanciers communs, il n'en reste pas moins vrai que, à la différence de la personne juridique véritable (2), elle est dépourvue d'organes représentatifs susceptibles de prendre des décisions dans l'intérêt collectif et exécutoires sur les biens communs.

Certes, la communauté d'héritiers peut avoir un gérant. Mais alors que le gérant est nécessaire au fonctionnement et même à l'existence de la personne morale, il n'apparaît dans la communauté d'héritiers qu'à titre occasionnel et son rôle se borne alors à simplifier la défense d'intérêts communs mais qui restent séparés (3).

Il convient d'insister sur cette idée que dans la communauté héréditaire, les intérêts des participants, tout en étant parallèles et identiques, n'en sont pas pour cela confondus mais demeurent autonomes.

C'est cette différenciation des intérêts respectifs qui explique que la communauté d'héritiers est dépourvue d'un organe d'administration et d'exécution (4).

1. Valéry, *Revue des sociétés*, 1913, p. 58.

2. Manara, *Società e associazioni commerciali*, II, sect. I, n° 376 ; Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche*, I, n° 27.

3. Hauriou, *Précis de droit adm.*, 5^e éd., p. 193 ; Jossierand, *op. cit.*, p. 364 ; Masse, *op. cit.*, p. 77.

4. Pour l'indivision, voir Van Biervliet, *op. cit.*, p. 13 ; De Vareil-

C'est cette même différenciation qui nous permet de comprendre que le contrat passé par les cohéritiers avec un tiers n'est pas un contrat collectif c'est-à-dire une charte unitaire élaborée par la majorité des participants au nom des intérêts du groupe dont les membres se trouveraient dans un rapport de solidarité nécessaire (1).

Au contraire, le contrat passé par les héritiers est moins un contrat unique qu'un faisceau de contrats pour la formation desquels le consentement de chacun des communistes est absolument indispensable (2). Il n'y a de dérogation à ce principe que dans la mesure où l'article 782 du Code civil prévoit que lorsque les héritiers d'un successeur ne sont pas d'accord pour accepter ou répudier une part successorale, celle-ci doit-être acceptée sous bénéfice d'inventaire. Mais il faut bien prendre garde qu'il ne s'agit pas là de la manifestation d'une volonté collective mais simplement de la mise en œuvre de la volonté du législateur qui, par anticipation, s'est fait l'arbitre du conflit qui peut s'élever entre tous les cosuccesseurs à propos d'une difficulté particulière (3).

En résumé, il semble que l'absence d'un intérêt collectif et d'une volonté collective autonome devrait engager l'interprète à refuser de reconnaître à la communauté d'héritiers le bénéfice de la personnalité morale (4).

les-Sommières, *Critique de la notion classique de la copropriété* (Rev. crit., 1907, p. 534 s.).

1. Rouast, *Notion juridique du contrat collectif*, p. 115.

2. Rouast, *op. cit.*, p. 22 et 25; Lotmar, *der Arbeitsvertrag*, I, p. 765; Oertmann, *Zur Lehre vom Tarifvertrag* (Zeitschrift für Sozialwissenschaft, X, 1907, p. 3).

3. Rouast, *op. cit.*, p. 152.

4. Cass. 23 fév. 1864. S. 1864. I. 398; Conseil d'Etat, 31 juillet 1908, D. 1910. III. 43; Bourges, 19 avril 1899, *Pand. franç.*, 1900,

Mais cette attitude négative nous paraît aussi absolue que la thèse affirmative que nous venons d'écarter.

Nous croyons que la communauté héréditaire est autre chose qu'une communauté ordinaire sans être pour cela une personne morale véritable. Elle nous apparaît comme une catégorie juridique intermédiaire entre ces deux catégories extrêmes avec lesquelles il faut éviter de la confondre.

Gardons-nous, en effet, de croire qu'une masse commune doit être nécessairement le patrimoine d'une personne fictive lorsqu'elle n'est pas l'objet d'une indivision par quotes idéales (1). Ces deux formes opposées de l'appropriation collective ne sont pas les seules qui soient logiquement concevables. Entre elles, s'échelonne toute une série de régimes juridiques intermédiaires qui peuvent convenir à des situations particulières.

La communauté d'héritiers s'offre précisément à nous comme une situation *sui generis* (2) également éloignée de la personnalité morale et de l'indivision romaine. Nous avons montré comment elle ne pouvait se ramener à la personnalité morale. Mais il n'est pas moins vrai de constater qu'elle s'écarte également de la communauté ordinaire en ce sens qu'elle présente une affectation à un but précis, qu'elle comporte un rudiment d'organisation

II, 32 ; Mongin, *op. cit.* : Laurent, IX, n° 210 ; Coviello, *Manuale di dir. civ. ital.*, I, § 64, p. 498. A la différence de M. Luzzatto, M. Van Biervliet (*op. cit.*, p. 230) repousse complètement la notion de personnalité appliquée à l'indivision. L'absence de personnalité morale de la communauté d'héritiers explique qu'on ne peut prendre d'hypothèque sur une succession indivise. Cass. 19 août 1819, S. 1919. I. 131 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 636, note 14.

1. Gény, *op. cit.*, p. 140.

2. Gény, *Pand. franç.*, 1893, I, 435, col. 2.

et qu'elle ignore l'existence de quotes-parts déterminées sur les objets particuliers de la succession.

A ce dernier titre, elle se rapproche singulièrement de la *Gesamnte Hand* germanique à laquelle on a voulu parfois la rattacher (1). Elle n'est, elle aussi, qu'une collection d'intérêts individuels assez fortement unis (2) et il faut bien avouer que, sous la réserve de l'effet rétroactif du partage qui, par une véritable fiction, supprime le fait de l'indivision successorale, les solutions de notre jurisprudence sont assez analogues à celles qui ont été consacrées par le *B. G. B.* allemand (3).

Mais est-il absolument nécessaire de baptiser une institution française du nom d'une construction germanique dont la valeur au point de vue technique semble bien ne résider que dans une image plus ou moins symbolique ?

N'est-il pas plus simple de constater que nous nous trouvons en présence d'une communauté différenciée, c'est-à-dire organisée et qui, à ce titre, présente certains caractères de la personnalité juridique ?

Il nous plairait assez de reconnaître dans la communauté d'héritiers une sorte de personne morale inférieure.

Certes, nous ne nous dissimulons pas que cette conception répugne singulièrement à notre goût traditionnel pour les différences tranchées et les catégories nettement définies.

L'on conçoit d'ordinaire la personnalité morale comme une forme juridique indivisible et absolue en ce sens qu'elle ne pourrait qu'être ou n'être pas. Nous croyons

1. Meynial, *Rev. trim.*, 1903, p. 819; Desserteaux, *op. cit.*, p. 187; Gazin, *op. cit.*, p. 462; Bernard, *op. cit.*, p. 197.

2. Rouast, *op. cit.*, p. 26 et s.

3. Donnedieu de Vabres et Nast, *op. cit.*, p. 195.

au contraire qu'elle désigne simplement un ensemble de règles techniques (1) qui peuvent exister en partie, de sorte que la personnalité juridique peut se trouver, dans ses diverses manifestations, plus ou moins parfaitement réalisée.

Or, il est certain que la communauté d'héritiers présente certains attributs de la personnalité morale mais qu'elle ne les présente pas tous.

C'est pourquoi nous serions assez tentés de la considérer comme une communauté organisée à personnalité restreinte (2).

1. Holder, *Naturliche und juristische Personen*; Binder, *Das Problem der juristischen Persönlichkeit*. Voir critique de ces théories dans Saleilles, *De la personnalité juridique*, p. 483 s.

2. Em. Lévy, *Rev. trim.*, 1911, p. 658. Du même auteur, voir : l'*Exercice du droit collectif* dans *Rev. trim. de dr. civ.*, 1903, p. 95 s., principalement nos 4 et 5. Voir également dans le sens de la personnalité juridique de l'indivision : F. Carnuletti, *Personalita ed autonomia nella societa e nella comunione*, *Riv. dir. comm.*, 1913, I, 86 s. et réfutation par G. Bonelli, *Personalita e comunione*, *eod. loc.*, I, p. 733 et s.

TITRE II

CRITIQUE DE LA THÉORIE GERMANIQUE DE LA COMMUNAUTE D'HERITIERS

Après nous être efforcés de soumettre à une appréciation critique les données de la théorie classique, il nous appartient d'étudier successivement et sommairement la valeur technique et la valeur législative de la théorie germanique de la communauté d'héritiers.

CHAPITRE PREMIER

Critique technique.

La technique de la théorie germanique s'explique aisément dans la mesure où elle consiste dans la mise en œuvre d'un principe scientifique d'une valeur indiscutable : l'affectation des biens du défunt au paiement des dettes successorales.

1° Cette affectation se traduit en fait par l'élaboration d'un premier principe essentiel et caractéristique : l'obligation de liquider avant partage. Il s'agit ici, remarquons-le, d'un précepte absolument indépendant du système de la *Gesummte Hand* puisque nous l'avons rencontré dans certaines législations issues de la tradition romaine. Une telle règle exprime tout l'essentiel de ce que nous nous représentons lorsque nous déclarons que le droit successoral germanique repose sur le principe de la succession aux biens.

Mais il faut bien prendre garde que cette expression, de succession aux biens n'est qu'une création de la critique juridique française qui s'en est servie pour établir un contraste saisissant avec le principe de la continuation de la personne sur lequel repose la dévolution successorale de notre droit national.

Remarquons, en effet, que cette querelle sur le caractère limité ou illimité de la responsabilité de l'héritier qui a divisé la doctrine française pendant de longues années est restée étrangère aux jurisconsultes d'Outre-Rhin.

Qu'importe, en effet, que cette responsabilité soit en principe illimitée si elle est en même temps limitable ! Qu'importe qu'elle soit limitée en théorie si elle peut devenir illimitée par le seul fait d'une simple négligence de la part de l'héritier !

En résumé, la question législative de l'étendue *à priori* de la responsabilité de l'héritier ne semble pas avoir beaucoup préoccupé les jurisconsultes allemands. Ceux-ci se sont maintenus sur un terrain plus réaliste et se sont attachés à mettre en lumière cette obligation de liquider avant partage à laquelle la loi attache cette grave sanction civile que constitue la perte du bénéfice de la responsabilité limitée ou de la responsabilité divisée.

C'est dans cette obligation que nous prétendons apercevoir la véritable signification technique du principe de la succession aux biens tel que nous l'entendons en France.

2^o Chose curieuse, ce n'est cependant pas dans cette obligation de liquider avant-partage que les théoriciens germanistes ont voulu trouver le trait distinctif de la *Miterbengemeinschaft*. Ce trait distinctif, ce critérium juridique, ils se sont efforcés de les rechercher dans les principes de la *Gesammte Hand*.

Certes, il s'agit dans l'espèce, de deux procédés techniques assez connexes. Il est évident, en effet, que si le cohéritier ne peut disposer même pour partie des biens successoraux pendant la durée de l'indivision, c'est afin de ne pas porter atteinte à un patrimoine qui constitue, en réalité, le gage des créanciers successoraux.

Il n'en est pas moins vrai qu'au point de vue pratique, la *Gesammte Hand* ne nous apparaît que comme une institution d'une valeur assez discutable.

L'on peut s'étonner qu'une conception aussi obscure ait

pu éveiller, à certains moments, la sympathie du clair génie français.

L'expression de *Gesammte Hand*, de main commune, n'est qu'une image (1). Remarquons à ce sujet que dans leur construction de la communauté, les juristes germaniques et les interprètes romanistes furent victimes de la même erreur de perspective qui consiste à s'imaginer que le fait d'illustrer une institution par une image équivaut à celui d'en donner une explication rationnelle.

Et cependant, les historiens d'outre-Rhin n'accordent-ils pas au symbole mystique de la *Gesammte Hand* la même valeur d'explication magique que nos interprètes classiques reconnaissent à la fiction de la théorie atomique de l'indivision.

Nous avons dit que c'étaient, à notre avis, des préoccupations d'un nationalisme juridique assez étranger aux considérations scientifiques qui avaient assuré, outre-Rhin, le succès singulier de cette conception de la propriété en main commune. Encore est-il juste de remarquer que la systématisation de la théorie ne remonte guère qu'au XVIII^e siècle et qu'au surplus, les raffinements de technique qu'elle révèle constituent la preuve manifeste de son élaboration récente (2).

Certes, le droit germanique a connu des associations familiales de droit privé qui reposaient sur cette notion de la *Gesammte Hand* et qui se caractérisaient en premier lieu par l'existence d'un droit d'accroissement entre leurs membres et, en outre, par une participation effective de ces derniers aux actes d'administration et d'aliénation des

1. Heusler, *Inst.*, I, p. 225.

2. Escarra, *Fondations en Angleterre*, p. 243, note 1.

biens communs ainsi que par leur obligation solidaire et illimitée aux dettes de la collectivité.

Mais l'accroissement disparut de bonne heure. Dès le ^{xiii}^e siècle, le concours effectif des communistes dans l'exploitation économique des biens indivis était remplacé par l'administration d'un gérant désigné par avance par les communistes (1). Enfin, on ne tardait pas à voir apparaître un système de limitation bien définie de la responsabilité des associés dans les dettes sociales.

Dès lors, l'institution ne survivait plus que tronquée et, pour ainsi dire, défigurée.

La *Gesammte Hand* ne constitue plus aujourd'hui qu'une figure juridique atténuée, dépourvue de tout caractère nettement déterminé et qui se prête à des variations infinies suivant les institutions auxquelles on prétend l'adapter : communauté conjugale, communauté d'héritiers, société, etc...

A la vérité, le concept de propriété en main commune oscille avec beaucoup de complaisance entre le pôle du droit social et celui du droit individuel (2). Nombre d'auteurs allemands le reconnaissent aujourd'hui qui avouent que la *Gesammte Hand* n'est pas une institution mystique mais un simple compromis entre l'indivision inorganique et la personnalité morale. C'est, si l'on veut, une indivision organisée. Mais la clarté d'une telle explication, en dissipant les brumes du mystère, ne fait-elle pas perdre à l'institution beaucoup de son caractère prestigieux ? (3).

1. Ricol, *op. cit.*, p. 96.

2. Dernburg, *Burg. Recht*, § 176, III, 2.

3. Desserteaux, *op. cit.*, p. 464. En ce sens, la *Gesammte Hand* se rencontre un peu partout sous des noms différents. Boistel, *Le Code civil et la philosophie du droit, Livre du Centenaire*, I, p. 67; Gaé-

Remarquons, en outre, qu'en nous plaçant sur le terrain économique et social, le principe sur lequel repose la théorie de la main commune, c'est-à-dire la nécessité d'une activité collective et simultanée, fait de l'institution un mécanisme compressif (1) et intolérable. A ce titre, elle se présente avec un caractère archaïque et rudimentaire et elle ne peut qu'exagérer les inconvénients de l'indivision si l'on ne prend pas soin de l'assouplir en y introduisant la notion de représentation et de gérance qui est cependant la négation de son esprit (2).

Reconnaissons que si la *Gesammte Hand* a pu rendre quelques services dans les pays où le législateur se montrait délibérément hostile au développement des personnes morales, elle n'en constitue pas moins, au point de vue technique, une conception sensiblement moins développée que celle de la personne juridique (3).

C'est cependant sur cette conception fruste, lourde et vague que les théoriciens germanistes ont prétendu modeler la communauté d'héritiers. Disons tout de suite que les rédacteurs du *B. G. B.* ont réalisé sur ce point un compromis assez singulier entre les principes germaniques et les solutions traditionnelles du droit romain.

Ils durent reconnaître rapidement, en effet, que sur le terrain des faits, la stricte application du principe d'action commune conduisait à des résultats impraticables. Aussi furent-ils amenés à l'atténuer considérablement

tan Aubéry, *France et Allemagne, Le droit civil et la prééminence juridique*, p. 219.

1. Binder, *op. cit.*, III, p. 93, note 24.

2. Ricol, *op. cit.*, p. 34.

3. Bastid, *De la fonction sociale des communautés taissables de l'ancien droit*, thèse Paris, 1916, p. 147 et 149.

aussi bien au point de vue du fonctionnement interne que du fonctionnement externe de l'*Erbengemeinschaft*. Cette accommodation technique se révèle à des maladroites de rédaction qui s'expriment principalement dans le défaut de précision des termes employés (1).

Au point de vue interne, d'une part, les rédacteurs du *B. G. B.* furent conduits à décider que la jouissance et l'administration des biens héréditaires seraient régis conformément aux principes qui gouvernent la communauté particulière (2). Or, celle-ci repose sur le principe majoritaire qui est précisément la négation de l'esprit de la *Gesammte Hand* puisqu'il revient à substituer le régime des activités individuelles avec délibération collective à celui de l'activité simultanée des membres du groupe (3). D'ailleurs, les auteurs allemands sont d'accord pour reconnaître que, à cet égard, la communauté d'héritiers est régie moins par les principes de la *Gesammte Hand* que par ceux de la communauté romaine (4).

Au point de vue externe, il est certain que le cohéritier ne peut disposer de sa part dans les biens communs bien que la plupart des auteurs allemands admettent que cette inaliénabilité ne fait pas obstacle à l'existence de la quote, ce qui peut paraître contradictoire avec le principe de la *Gesammte Hand*.

Mais lorsqu'il s'agit d'une créance commune, le principe romain de l'autonomie des initiatives individuelles réapparaît puisque chacun des héritiers peut poursuivre

1. Endemann, *Lehrbuch des B. R.*, p. 443, n° 5.

2. § 2038 du *B. G. B.*

3. Rouast, *Notion juridique du contrat collectif*.

4. Planck, *op. cit.*, V, p. 248.

le débiteur commun pour le tout (1) sous la réserve, il est vrai, que le paiement soit fait à l'ensemble des cosuccesseurs.

S'agit-il enfin d'une dette commune, il n'est pas vrai que les cohéritiers ne peuvent être poursuivis qu'en commun puisqu'ils sont, au contraire, responsables solidairement et que chacun d'eux peut être actionné pour la totalité de la dette sur sa quote-part d'hérédité (2).

Enfin, il n'est pas jusqu'au droit de demander le partage *ad nūtum* (3) qui ne constitue une atteinte flagrante au principe de la *Gesammte Hand* (4) mais qui s'impose cependant si l'on veut éviter les inconvénients d'un mécanisme juridique lourdement compressif (5).

En résumé, la réglementation technique de la communauté d'héritiers en droit germanique ne peut apparaître que comme une consécration partielle et très relative d'une théorie de la *Gesammte Hand*, elle-même très estompée.

1. § 2039 du *B. G. B.*

2. § 2058 et 2059 du *B. G. B.*

3. § 2042 du *B. G. B.*

4. Binder, *op. cit.*, III, p. 86, note 429.

5. Binder, *op. cit.*, III, p. 95 et note 24.

CHAPITRE II

Critique positive.

De cette réglementation que nous venons d'apprécier au point de vue technique, quelle est la valeur positive ?

Il est indiscutable qu'elle témoigne d'une conception législative infiniment supérieure à celle que révèle l'état anarchique de la communauté successorale romaniste.

Il est juste de reconnaître qu'elle constitue, dans l'ensemble, une conciliation assez heureuse des droits des créanciers successoraux et des prétentions des cohéritiers.

Est-ce à dire qu'elle soit à l'abri de toute critique ?

Nous avons vu que si nous nous plaçons au point de vue de l'intérêt du cohéritier, il est impossible de méconnaître ce qu'une telle technique juridique présente de compressif et d'autoritaire.

La communauté d'héritiers du droit germanique nous apparaît comme une institution où la liberté du communiste est continuellement bridée.

Elle est limitée en premier lieu au point de vue de l'administration et de la jouissance des biens indivis puisqu'elle doit s'incliner devant les décisions de la majorité. Elle n'est pas moins restreinte en ce qui concerne les actes d'aliénation puisqu'il est interdit au cohéritier de disposer même pour sa part des valeurs communes.

Aussi conçoit-on que, sous un pareil système, la valeur de crédit que le cohéritier peut retirer de sa vocation

héréditaire ne soit qu'assez mince. Le législateur a bien essayé de pallier à cet inconvénient en autorisant largement l'aliénation de la quote-part globale d'hérédité. Mais il est évident que l'exercice de cette faculté, qui n'est d'ailleurs pas toujours très aisé, n'empêche pas que la précarité des droits du cohéritier sur les objets indivis entraîne une dépréciation certaine de leur valeur (1).

Si l'on se place au point de vue des créanciers succesoraux, la législation du *B. G. B.* paraît pratiquement aussi peu satisfaisante. Remarquons d'abord qu'elle est particulièrement compliquée car il est impossible d'imaginer un enchevêtrement juridique plus inextricable que celui qui résulte de l'application des § 2058 à 2063 du *B. G. B.* Les auteurs allemands s'accordent d'ailleurs pour reconnaître qu'il s'agit ici de l'une des parties les moins bien venues de la codification de 1900.

Le principe de la *Gesammte Hand* aurait exigé l'unité de poursuite contre les héritiers du débiteur. Au lieu de cela, le *B. G. B.* tolère les poursuites individuelles, ce qui provoque des recours entre héritiers et ralentit le mécanisme de la liquidation. Remarquons, en outre, que la situation du créancier commun s'en trouvera singulièrement compliquée puisqu'il peut avoir en face de lui un certain nombre de débiteurs dont les uns sont responsables indéfiniment alors que les autres peuvent invoquer le bénéfice de la responsabilité limitée. Cette faculté de poursuites individuelles sur les quote-parts d'hérédité qui coexiste avec la nécessité d'une poursuite collective sur les biens communs ne peut que favoriser la fraude. L'on

1. Böttcher, *Die Haftung von Miterben für Nachlassverbindlichkeiten*, p. 43.

a fait remarquer avec raison, à ce sujet, que le créancier n'a intérêt à recourir aux poursuites individuelles que lorsqu'il a des doutes sur la validité de sa créance et qu'il s'adresse alors à un cohéritier négligent afin que les consorts de ce dernier ne puissent défendre à l'action qu'il intente, comme ils auraient pu le faire s'il avait exercé contre l'hérédité une poursuite collective (1).

1. Voir sur ces points : Borchardt, *Die Haftung des Erben für die Nachlassverbindlichkeiten* (*Archiv für die civ. Praxis*, 94, p. 213 s.).

QUATRIÈME PARTIE

LE PROBLÈME LÉGISLATIF DE LA COMMUNAUTÉ D'HÉRITIERS

Dans quelle mesure convient-il de réformer notre loi positive pour adapter l'indivision successorale aux conditions de notre civilisation juridique actuelle ? C'est là toute la portée du problème législatif de la communauté d'héritiers.

Ce problème, comme tous les problèmes législatifs, suppose d'une part l'établissement de principes scientifiques à mettre en œuvre et, d'autre part, la recherche des procédés techniques qui permettent la réalisation de ces principes.

Nous nous placerons successivement à ces deux points de vue.

CHAPITRE PREMIER

Les principes scientifiques.

Nous avons constaté que la communauté successorale romaine reposait sur la base de l'individualisme le plus radical.

Au cours des développements qui précèdent, nous avons montré comment la théorie classique s'était progressivement assouplie au point de devenir méconnaissable.

Il faut bien reconnaître, en effet, qu'elle ne pouvait résister à l'expérience des faits.

Ses inconvénients, ses abus, ses dangers nous semblent aujourd'hui intolérables.

A la vérité, ils avaient été aperçus depuis longtemps (1) mais ils n'apparurent en pleine lumière qu'à la suite d'une longue évolution historique.

A l'époque romaine, le caractère absolu du pouvoir testamentaire qui appartenait au *pater familias* permettait à ce dernier de façonner à sa guise la liquidation de son patrimoine pour le jour où il ne serait plus.

Au surplus, en raison même des conditions de la vie sociale, les difficultés que soulevait la liquidation des successions devaient être alors sensiblement plus rares que

1. Aristote, *Politique*, livre II, ch. III ; Papinien, D. 31, 77, 20 ; Azo, *Comm. du livre III du Code, Fam. ercisc.*, n° 1 ; Doneau, *op. cit.*, livre IX, ch. II, n° 5.

de nos jours. Les rivalités que provoqua le concours égalitaire des descendants devaient être rendues moins aigues par la pratique de l'émancipation et par l'absence originaires des règles du rapport. Les propriétés incorporelles étaient alors infiniment rares et les créances ne représentaient qu'une infime partie de la valeur des patrimoines. Ceux-ci consistaient essentiellement en biens-fonds pour lesquels les formes lentes, solennelles et compliquées de la transmission de la propriété quiritaire devaient se prêter assez mal à l'aliénation de quotes-parts indivises ou à leur affectation hypothécaire.

Enfin, les difficultés qui s'élevaient entre héritiers pouvaient trouver alors leur solution immédiate dans les pouvoirs très étendus qui étaient reconnus au juge de l'*actio familiæ eriscundæ* d'autant que ce dernier avait le devoir de mettre la chose indivise qui avait fait l'objet d'un acte de disposition dans le lot du disposant, pratique dans laquelle on a voulu apercevoir comme une sorte de prescience de la théorie de l'effet déclaratif (1).

C'est ainsi que la théorie classique, grâce à son prestige d'apparence logique, fut recueillie par notre ancien droit. Ici encore, elle sut s'adapter aux conditions sociales de l'époque.

Le moyen âge fut l'âge d'or des communautés. Jamais l'esprit d'association ne brilla d'un plus vif éclat.

Certes, l'individualisme juridique subsistait en théorie. Mais, en fait, il était recouvert par des formations originales qui le masquaient complètement.

A cette époque, l'Europe était couverte de commu-

1. Marchesini, *Del condominio e della divisione*, Riv. giur., 4, 2, p. 9.

nautés qui constituaient autant d'institutions vivaces et particularistes.

Communautés taisibles de serfs et de gens de main morte, communautés bourgeoises des cités commerçantes de Provence et d'Italie, communautés féodales de parageurs, etc..., autant de formations originales sous lesquels l'individualisme romain manqua de disparaître. Point n'est besoin d'invoquer ici une influence prétendue de la *Gesammte Hand* germanique. Des considérations sociales, morales et économiques suffisent à expliquer que si, à cette époque, l'on n'apercevait pas les difficultés soulevées par la théorie romaine de la communauté d'héritiers, c'est que cette théorie avait dû s'incliner devant des pratiques absolument étrangères à son esprit.

La renaissance du droit romain, en tarissant brusquement l'inspiration populaire de notre droit français, devait remettre en honneur la systématisation classique de l'indivision. Dès lors, les formations particularistes et les pratiques locales furent étouffées. Aggravée par les glossateurs, la théorie atomique de l'indivision partit à la conquête des législations européennes. Mais les temps étaient changés et l'exhumation des œuvres des prudents ne devait apparaître que comme la résurrection d'un anachronisme.

La fortune mobilière se développait, entraînant avec elle la multiplication des valeurs incorporelles. La notion de crédit privé apparaissait. La cohésion familiale s'affaiblissait. Les communautés se dissolvaient.

Un nouvel individualisme surgissait mais celui-ci ne se reposait plus, comme celui de l'ancienne Rome, sur le farouche désir de conservation de la terre. Il prétendait s'exalter dans le risque des entreprises actives et savait

reconnaître la naturelle interdépendance des individus.

Dès lors, le caractère absolu du *dominium* devait perdre de sa traditionnelle rigueur. A ce point de vue, la théorie de l'effet déclaratif du partage peut être considérée comme l'une des premières atteintes portées par les juristes aux traits fondamentaux de la propriété romaine.

En même temps, l'illusion de l'autonomie complète de l'*homo juridicus* s'évanouissait. Les cohéritiers sont considérés aujourd'hui comme les sujets d'un faisceau de relations juridiques réciproques dont le développement continu de la notion de rapport souligne précisément l'importance.

Actuellement, la succession n'est plus seulement une affaire de famille. C'est avant tout un fait économique qui tend à apparaître, chaque jour davantage, comme un phénomène d'enrichissement gratuit.

Cette évolution contribue naturellement à altérer la physionomie de l'indivision successorale.

La communauté héréditaire n'est plus, comme dans l'ancienne Rome, une simple réunion forcée de voisins naturellement soupçonneux et fréquemment haineux. Elle n'est plus, comme au moyen âge, une association étroite de proches parents désireux de perpétuer les traditions et la dignité de la famille. Elle peut être demain un groupement d'hommes indépendants bien qu'unis par le sang et qui, par leur entente mutuelle et librement consentie, collaborent à la survivance d'une œuvre durable fondée par leur auteur.

En résumé, nous croyons pouvoir dégager de l'histoire de l'institution ces deux principes scientifiques évidemment un peu vagues mais qui, à notre avis, doivent néces-

sairement inspirer les projets de réforme technique de la communauté d'héritiers.

I. — La succession apparaissant chaque jour davantage comme un enrichissement à titre gratuit, il doit être juste d'imposer aux héritiers l'obligation de liquider le passif avant de partager l'actif de l'hérédité.

II. — L'indivision n'est qu'un régime économique insupportable que lorsqu'elle est inorganisée. Si, au contraire, elle est sagement réglementée, elle peut constituer un régime très convenable (1) et satisfaire à certaines préoccupations de stabilisation de la famille (2).

Ainsi donc, et par son but d'affectation au crédit successoral et par son rôle éventuel de soutien du groupe familial, l'indivision successorale peut correspondre aujourd'hui à quelque chose de défini et d'organisé.

Nous ne croyons pas pouvoir mieux résumer les traits généraux de l'évolution de la communauté d'héritiers qu'en indiquant qu'elle tend à cesser d'être un simple état de fait pour devenir une institution.

1. Accolas, *Le droit mis à la portée de tout le monde, Les successions*, p. 65.

2. Sur le rôle de l'indivision dans la succession des classes populaires et, en particulier, dans les classes rurales voir F. Consentini, *La réforme de la législation civile*, p. 413.

CHAPITRE II

Les réalisations techniques.

Il nous reste à examiner quels sont les moyens que l'on a proposés pour projeter sur le plan des réalisations techniques les principes scientifiques que nous venons de dégager.

Il s'agit ici d'un problème d'art scientifique (1) particulièrement délicat puisque le pragmatisme juridique (2) qui consiste à modeler les doctrines sur nos besoins (3) est au demeurant une méthode assez difficile à poursuivre et qu'au surplus la matière des successions a toujours été en quelque sorte la terre d'élection du particularisme juridique (4).

Il y a longtemps déjà que le problème de la réforme du régime de l'indivision a soulevé l'attention des juristes (5). Il convient de citer, à ce propos, et en premier lieu, les études que lui a consacrées Laurent dans le projet de révision du Code civil belge. Plus récemment, la question a fait l'objet des préoccupations du 6^e congrès des juris-

1. Goubeaux, *op. cit.*, p. 374.

2. Génv, *Droits sur les lettres missives*, I, avant-propos, p. x.

3. M. Plaisant, *La fondation libre*, thèse Paris, 1911, p. 114; Charmont, *La renaissance du droit naturel*, p. 159 s.; Saleilles, *Etude sur l'histoire des sociétés en commandite*, *Ann. dr. comm.*, 1897, p. 49, note 2.

4. Lambert, *Fonction du droit civil comparé*, p. 3.

5. Accolas, *Manuel de droit civil*.

consultes italiens qui s'est tenu à Milan, en 1906, ainsi que d'un examen approfondi de la part de notre Société d'Études Législatives (1).

Il convient cependant de distinguer parmi les très nombreux projets de réforme de l'institution ceux qui n'ont trait qu'à la liquidation du passif de la communauté héréditaire et ceux qui concernent l'organisation interne de l'indivision successorale.

A) En ce qui concerne la liquidation du passif de la communauté d'héritiers, les projets de réforme sont d'accord sur ce point qu'il convient d'éviter les abus et les inconvénients de la règle traditionnelle de la division des dettes.

Les auteurs modernes parlent volontiers à ce sujet du principe de la succession aux biens (2). Nous avons vu que cette expression se réfère à l'obligation pour les cohéritiers de liquider avant partage.

Mais les divergences apparaissent lorsqu'il s'agit de traduire cette obligation générale en recettes techniques positives.

Certains auteurs semblent incliner vers l'idée qu'il conviendrait de traiter l'hérédité indivise comme une masse de biens sans maître à liquider comme telle (3). La succession serait liquidée par un administrateur qui pourrait en faire déclarer la faillite au cas où son passif serait

1. *Bull. Soc. Et. législ.*, 1907, p. 405.

2. Bonfante, *Riforma del diritto ereditario (Relazioni del 6 Congresso giuridico di Milano, 1906, p. 31 s.)*; Gaët. Grisostomi, *La successione ereditaria (Riv. it. per le scienze giurid.*, vol. 47, p. 427).

3. Chavegrin, *Le bénéfice d'inventaire dans le Code civil suisse*, thèse Paris, 1911, p. 115; René Perrot, *Etude critique du problème de la licitation à un tiers*, thèse Rennes, 1910, p. 124.

supérieur à l'actif (1). Il faut avouer cependant qu'une telle réforme directement inspirée par les pratiques anglo-saxonnes ne tend rien moins qu'à exproprier l'héritier de l'administration de la succession et qu'à ce titre elle peut paraître un peu radicale dans l'état actuel de notre civilisation juridique.

Nous serions plutôt disposés à distinguer ici suivant que la succession est solvable ou que son insolvabilité peut être établie ou présumée.

1^o Dans le premier cas, les créanciers successoraux n'ont pas à redouter de n'être pas payés de leurs créances mais la règle de la division des dettes les contraint à subir l'inconvénient des poursuites multiples contre les cosuccesseurs. Aussi conviendrait-il, à notre avis, de consacrer par voie législative, le principe dégagé par notre jurisprudence suivant lequel le patrimoine héréditaire continue à former, jusqu'au jour du partage, le gage indivisible des créanciers successoraux (2). Il ne serait nullement nécessaire, d'ailleurs, d'abandonner à cet effet le principe de la responsabilité personnelle des cohéritiers (3).

Cette solution aurait ce grand avantage d'assurer l'indivisibilité des procédures de liquidation de l'hérédité indivise (4). Il est vrai qu'elle laisserait subsister l'application

1. Sourdois, *op. cit.*, p. 491.

2. Observations du Tribunal sur le projet de Code de procédure civile, 7 prairial an XIII (Locré, XXI, p. 409) ; Van Biervliet, *op. cit.*, p. 19. En ce sens art. 989 du projet de révision du Code civil belge.

3. Raoul de la Grasserie, *Le passif des successions, passim*.

4. En ce sens art. 931 du projet de révision du Code civil belge qui admet que, si l'un des cohéritiers accepte bénéficiairement, le régime de l'acceptation bénéficiaire doit être étendu à toute l'hérédité. Voir également Laurent, *op. cit.*, III, p. 550, col. 1, qui se résigne à cette solution en raison de considérations pratiques.

du principe de la division des dettes pour la période postérieure au partage mais il serait possible d'en écarter les inconvénients (1) en considérant l'ensemble des cohéritiers comme un véritable sujet collectif dont la personnalité est substituée à celle du défunt (2).

2° Lorsque l'insolvabilité de la succession est certaine ou simplement présumée, il semble qu'une procédure de liquidation s'impose, soit que cette procédure soit provoquée par les cohéritiers, soit qu'elle soit exigée par les créanciers successoraux.

Dans tous les cas, il est certain que ce régime de liquidation doit nécessairement être indivisible.

C'est en se plaçant à ce point de vue que l'on a proposé de rendre indivisible le régime de la succession bénéficiaire. Dans ce cas, l'administration de la succession serait assurée soit par les cohéritiers délibérant suivant la méthode majoritaire (3), soit par les tribunaux (4).

C'est en ce sens également que l'on a réclamé l'indivisibilité de la séparation des patrimoines afin de prolonger au delà du partage la survivance de l'indivisibilité du gage patrimonial des créanciers du défunt (5) et que l'on a voulu étendre à cette séparation les règles de la faillite (6).

1. Voir spécialement au point de vue procédural : Négrin, *op. cit.*, *passim*.

2. Van Biervliet, *op. cit.*, p. 49.

3. Léon Georges, *De l'administration et de la liquidation de la succession bénéficiaire*, p. 425. Voir aussi proposition Bender du 7 mai 1913, *Rev. trim. de dr. civil*, 1913, p. 593.

4. Projet belge de révision du titre des successions, art. 97 s.

5. Art. 49 du projet Darlan (rapports Thézard et Girard); art. 37 du projet de la Société d'Etudes législatives.

6. Rapport de Van Biervliet, II^e partie, art. 436 à 443, p. 32 et s.; Cf. Luzzatto, *op. cit.*, II, p. 72.

C'est à ce programme de réforme limitée que semble s'être arrêté le 6^e Congrès juridique national italien qui s'est tenu à Milan en 1906. En effet, le congrès écarta les projets présentés par Vadala Papale et Bonfante qui ne tendaient rien moins qu'à introduire en droit italien le principe de la succession aux biens (1). Il se rangea finalement à l'opinion de Tedeschi, Segré et Gabba qui s'étaient prononcés en faveur de l'organisation d'un règlement du passif fondé sur le principe de l'indivisibilité de la procédure de liquidation et de la solidarité passive entre cosuccesseurs (2).

B) Arrivons maintenant aux projets de réforme de l'organisation interne de l'indivision successorale proprement dite.

Il importe de distinguer à ce sujet suivant que les cohéritiers veulent réaliser au plus tôt la part qui leur appartient dans la masse commune ou suivant qu'ils sont d'accord pour laisser subsister, au moins temporairement, le régime de l'indivision (3).

1^o Dans le premier cas, il y a lieu de se demander sur quelles bases il convient d'organiser un régime précaire qui est susceptible de s'évanouir du jour au lendemain par le simple effet d'une demande en partage émanant de l'un des intéressés.

La difficulté ne consiste pas essentiellement dans l'organisation du fonctionnement interne de la communauté

1. En ce sens, *Congresso, Relazioni*, Rapports de Bonfante, p. 31. et rapport de Vadala Papale, n^o 20

2. *Atti del Congresso*, p. 163 s.

3. Desserteaux, *op. cit.*, p. 483 s. Voir aussi Van Biervliet, *Sujets collectifs*, p. 64 s.

car il faut bien reconnaître qu'il s'agit ici d'une matière tellement délicate que les principes posés par le législateur ne peuvent avoir qu'une valeur interprétative.

Tout au plus est-il permis d'indiquer que, dans certains cas, la licitation pourrait apparaître comme un remède aux abus du *jus prohibendi* (1). Signalons, toutefois, que dans l'article 939 de son projet de révision du Code civil belge, Laurent prévoyait que les cohéritiers devaient se mettre d'accord pour administrer la succession, faute de quoi, le tribunal désignerait un administrateur à la succession. Celle-ci constituerait une masse susceptible de s'accroître de ce que chaque héritier reçoit au moyen de l'hérédité et de tout bénéfice qu'il retire des contrats relatifs à un bien de l'hérédité (art. 941).

Mais sous le bénéfice de ces quelques observations, il faut bien reconnaître que la principale difficulté de l'organisation du régime de la communauté d'héritiers réside dans la détermination des droits d'aliénation qui appartiennent aux cohéritiers sur les biens communs.

Certes, il importe que le cohéritier ne puisse pas disposer d'une façon irrévocable d'une portion quelconque de la valeur d'un bien indivis. C'est en cela que réside la portée profonde de l'article 883 de notre Code civil. Il semble même qu'il conviendrait d'étendre l'esprit de ce texte aux valeurs incorporelles. L'on serait ainsi conduit à modifier l'article 1220 en déclarant que lorsqu'une créance fait partie de la masse, la collectivité des cohéritiers a seule qualité pour l'exercer (2).

Mais suit-il de là qu'il faille refuser au cohéritier tout

1. Hureaux, *op. cit.*, IV, § 240.

2. Van Biervliet, *Sujets collectifs*, 37, note 64.

droit de disposition sur les biens communs et introduire dans notre Droit les règles lourdes et insupportables de la *Gesammte Hand*, ainsi qu'on l'a quelquefois proposé (1), ou subordonner l'activité des cohéritiers à un régime de délibération majoritaire (2)? Ne peut-on pas penser que l'admission de tels principes serait vraiment par trop contraire à l'esprit de notre droit national (3)? En ce qui concerne, en particulier, la théorie de la propriété en main commune, outre qu'elle ne nous est apparue que comme une construction technique assez rudimentaire et très inférieure à celle de la personnalité morale (4), il n'est pas démontré que son introduction dans notre droit positif est vraiment indispensable. Au point de vue pratique, l'on peut aboutir aux mêmes résultats que ceux qui découlent de la *Gesammte Hand* en étendant largement l'effet déclaratif à tous les actes par lesquels un cohéritier sort de l'indivision ainsi qu'à la répartition de toutes les valeurs qui dépendent de l'indivision (5).

L'on pourrait concevoir en ce sens une consécration législative de l'arrêt des Chambres réunies de 1907 et une

1. Ricol, *op. cit.*, p. 383; Félix Ferré, *De l'effet déclaratif du partage*, thèse Aix, 1909, p. 198. Voir aussi avis de la Cour de Montpellier lors de l'enquête de 1844 sur la réforme hypothécaire (*Documents* de M. Martin du Nord, I, p. 293).

2. Chausse, *Rev. crit.*, 1900, p. 533; Raoul de la Grasserie, *De l'effet déclaratif du partage*, *Rev. crit.*, 1895, p. 635; Rouard du Card, *France judiciaire*, 1895, 1^{re} partie, p. 13.

3. Voir notamment observations de la Faculté de droit de Poitiers lors de l'enquête de 1844 sur le régime hypothécaire (*Documents* de M. Martin du Nord, I, p. 452).

4. Jossierand, *op. cit.*, p. 368 et 369.

5. Desserteaux, *op. cit.*, p. 480; Chanson, *L'hypothèque sur biens indivis*, p. 137.

réforme de l'article 1220 d'après laquelle le débiteur commun ne pourrait se libérer que par un acte auquel participeraient tous les cohéritiers ou leur représentant.

Cependant, il faut reconnaître que si certains projets de réforme de la communauté héréditaire se ramènent à une généralisation de l'esprit de l'article 883, d'autres projets sont inspirés par des considérations différentes et même opposées.

Il convient de remarquer, en effet, que le régime créé par l'effet déclaratif du partage, s'il permet au cohéritier de valoriser dans une certaine limite les droits qu'il possède dans les biens indivis particuliers entraîne une dépréciation certaine de la valeur économique de ces droits dans la mesure où il les affecte d'un caractère aléatoire et éventuel. Aussi comprend-on que certains esprits aient proposé de supprimer l'article 883 afin d'augmenter le crédit des cohéritiers sauf à compliquer le règlement de leurs rapports réciproques (1).

C'est en partant de considérations de ce genre que, dans son projet de révision du Code civil belge, Laurent maintenait énergiquement le principe de la division des créances et supprimait l'effet déclaratif du partage (2). Il estimait, en effet, que l'acte d'aliénation émanant de l'un des cohéritiers ne peut plus de nos jours être une cause de surprise pour les cohéritiers de l'aliénateur depuis la disparition des hypothèques occultes. Un bon régime de publicité hypothécaire ferait connaître l'aliénation aux cosuccesseurs de l'aliénateur et ceux-ci n'auraient plus

1. Rouard du Card, *Le caractère déclaratif du partage*, p. 16. Voir également observations de la Faculté de Rennes lors de l'enquête de 1844.

2. Art. 940, 974, 975 et 991 du projet.

qu'à mettre dans le lot du cédant le bien qui a fait l'objet de l'aliénation partiaire.

Nous avouons, pour notre part, que ces conceptions nous paraissent difficilement admissibles. Elles conduiraient à des résultats particulièrement choquants lorsque le cohéritier aliénateur a sa part héréditaire complètement absorbée par des rapports en moins prenant puisqu'elles autoriseraient ce cohéritier à se procurer de l'argent avec des biens qui finalement doivent revenir à ses consorts.

D'autre part, la dépréciation des droits indivis tient moins à leur précarité qu'à leur indétermination. Aussi est-il possible d'imaginer qu'un régime de publicité des transmissions à cause de mort pourrait contribuer à augmenter la valeur d'échange des droits appartenant aux cohéritiers.

C'est à cet ordre d'idées que se rattache le projet Scialoja modifiant le livre III titre 22 du Code civil italien présenté au Sénat italien le 3 mars 1910 (1).

La question fut examinée en France lors de la grande enquête de 1844 sur la réforme du régime hypothécaire (2).

Par la suite, la publicité des transmissions à cause de mort et celle des partages et licitations fut maintes fois préconisée comme un remède aux inconvénients du caractère occulte de l'indivision (3). Il en fut ainsi notamment

1. R. Fubini (*Rev. trim. de dr. civ.*, 1910, p. 693 s.).

2. Voir à ce sujet les *Documents* publiés par M. Martin du Nord.

3. Voir notamment Cour de Montpellier (*Documents* de M. Martin du Nord, I, p. 283) qui ne s'arrête pas aux objections d'ordre pratique suggérées par les cours de Dijon et de Limoges (*eod. loc.*, I, p. 225 et 250). Voir également avis de la Cour de Riom et des Facultés de Droit de Paris et de Poitiers (*eod. loc.*, I, p. 392, 442 et 452); Cf. Cour de Rouen (*eod. loc.*, I, p. 398) et Faculté de Strasbourg (*eod. loc.*, I,

lors de la discussion à la sous-commission juridique du cadastre en 1891 où l'on semble s'être orienté dans le sens de la création d'un certificat d'héritiers (1) ainsi qu'au cours de la discussion du projet Darlan et de ses adaptations ultérieures (2).

C'est également en ce sens que se prononça le 6^e Congrès juridique national italien qui, tout en rejetant le projet de création d'un certificat d'héritiers préconisé par le rapporteur, l'avocat Auguste Caperle de Vérone, se rangea à l'avis des professeurs Segré et Grisostomi qui avaient proposé de soumettre à la transcription toutes les opérations effectuées à l'occasion d'une transmission à cause de mort, y compris les partages et licitations (3).

Par contre, le Congrès de la propriété bâtie qui se tint à Paris en 1897 estima que les intérêts des prêteurs d'argent et des spéculateurs sur parts indivises étaient suffisamment protégés par le droit qui leur appartient de se faire présenter les titres de propriété. Il fut d'avis que l'extension du régime de publicité entraînerait des frais considérables puisque, en raison du partage, le droit de transcription serait doublé chaque fois qu'un immeuble serait dévolu à plusieurs héritiers (4). Il convient, en effet,

p. 478). Voir aussi projet de M. de la Grasserie, *De l'effet déclaratif du partage*, *Rev. crit.*, 1895, p. 656.

1. Rapport de M. Massigli, I, p. 231 ; Cf. objections de M. Léon Michel, *eod. loc.*, p. 233. Finalement, l'article 25 du projet définitif reconnut qu'au cas de pluralité d'héritiers, il leur est loisible, pour requérir inscription de leurs droits, d'attendre l'événement du partage sauf lorsqu'ils confèrent à des tiers, pendant l'indivision, des droits assujettis eux-mêmes à l'inscription.

2. Art. 4, § 2. Rapport de M. Violette à la Chambre des Députés le 12 janv. 1911 ; *J. O.*, 1^{er} sem. 1911 ; *Annexes*, n° 663.

3. *Atti del Congresso*, *op. cit.*, p. 186 et 187.

4. Voir notamment les résolutions du Congrès dans la thèse de

de remarquer que la publicité que l'on préconise devrait, pour être efficace, comporter une double série de formalités, la première au jour du décès, la seconde au jour du partage.

Autrement dit, il faudrait organiser une publicité immédiate au moment du décès sauf à la rectifier au jour du partage (1).

Remarquons, en outre, que si les intérêts des tiers acquéreurs seraient protégés par des mesures de publicité, ils le seraient d'une façon plus efficace encore si l'on consentait à leur accorder un privilège sur les biens mis au lot du cohéritier aliénateur au jour du partage ou de la licitation (2).

Signalons enfin que l'on a voulu protéger ces mêmes tiers acquéreurs contre les cohéritiers créanciers d'un rapport en forçant ces derniers à prendre inscription dans les trois mois de l'ouverture de la succession, sauf à faire rétroagir cette inscription au jour du décès (3).

2° Supposons maintenant que les cohéritiers ne soient pas pressés de battre monnaie avec leurs droits héréditaires mais que, se contentant d'une part dans le revenu annuel des biens indivis, ils désirent laisser la succession ou tout au moins les immeubles qui en dépendent dans l'état d'indivision.

M. Decaux, *De la transcription des actes déclaratifs de propriété*, Paris, 1911, p. 150, note 1.

1. Voir à ce sujet des renseignements intéressants sur les législations allemande et suisse dans Desserteaux, *op. cit.*, p. 444 s.

2. En ce sens, Luzzatto, *op. cit.*, I, p. 115; Coviello, *La quota indivisa e la sua inespropriabilità*.

3. Dupré, *De l'hypothèque sur part indivise*, thèse Caen, 1909, p. 170.

En pareil cas, un régime d'organisation de l'indivision s'impose car il est impossible de fonder quelque chose de durable sur le *liberum veto* que suppose le *jus prohibendi*.

Lors des discussions auxquelles a donné lieu le projet de la Société d'Etudes législatives sur la réforme du partage successoral, l'on fit remarquer avec raison qu'il était du devoir du législateur de proposer plusieurs types de gestion au choix des cohéritiers désireux de demeurer indivis (1).

Certains publicistes et économistes seraient assez disposés, à ce sujet, à faire revivre les anciennes communautés de famille en les modernisant sous forme d'entreprises par association (2). Ils y verraient l'avantage de vivifier l'esprit de famille (3), d'atténuer les endettements par suite de succession et de ralentir le courant d'émigration vers les villes (4). Ces conceptions qui se rattachent étroitement à celles de Le Play furent défendues avec beaucoup d'éloquence dans un rapport de M. Thaller à la Société d'Economie Sociale sur la population et les lois successorales (5). Le savant professeur évoquait à ce propos l'institution allemande de l'*Anerbenrecht* qui, à son avis, pourrait s'adapter facilement chez nous sur les bases de ces communautés agricoles que l'on rencontre assez fréquemment en Beauce, dans le Perche et dans les Pyrénées. Il fit remarquer que l'association de famille ne

1. Observations de M. Piédelièvre (*Bull. de la Soc. d'Et. Législ.*, 1903, p. 239).

2. Brentano, *Gesammelte Aufsätze*, p. 491.

3. Bourget, *Le Tribun*; Henri Bordeaux, *Les Roquevillard, La Maison*; Paul Marguerite, *Les Fabrecé*. Voir également Georges Fonsgrive dans *Le Correspondant*, numéro du 23 avril 1913, p. 227 s.

4. Brentano, *op. cit.*

5. *Réforme sociale*, 1908, II. 720.

suppose pas forcément une administration collective mais qu'elle peut être dirigée par un gérant au nom de tous les participants.

M. Cheysson qui présidait la séance se rallia également à cette conception qui, en consacrant une sorte de domaine éminent au profit de la famille, assurerait la fixité et la perpétuité de la race (1).

Nous estimons, quant à nous, qu'il rentre dans ces conceptions généreuses beaucoup d'illusions. Le caractère individualiste de notre époque moderne n'est guère favorable à la résurrection des communautés d'exploitation familiale (2). Le bon fonctionnement d'une association suppose un désir de vivre ensemble qu'il est assez rare de rencontrer chez des cosuccesseurs.

C'est pourquoi nous croyons qu'il est préférable de ne pas forcer la nature des choses et des hommes. Mais si la communauté héréditaire ne peut que difficilement constituer un groupement social et moral, elle peut parfaitement être organisée en association économique.

C'est en se plaçant à ce point de vue strictement économique, c'est-à-dire à celui des intérêts matériels, que l'on a proposé quelquefois d'orienter le régime de l'indivision vers celui de la société civile (3). Il convient toutefois de remarquer que l'extension pure et simple de la législation des sociétés à la communauté d'héritiers pourrait soulever de graves objections. L'on sait, en effet, que la jurisprudence reconnaît à la société civile la personnalité morale.

1. *Réforme sociale*, *ead. loc.*, p. 732.

2. De Brandt, *Droit et coutumes des populations de la France en matière successorale*.

3. Hayem, *Etude historique et critique de la législation et de la jurisprudence concernant les sociétés civiles*, p. 52.

Or, il pourrait paraître abusif de soustraire les biens de la communauté d'héritiers à l'action des créanciers personnels des cohéritiers (1). L'on a fait remarquer en outre que le cadre de la société se prête assez mal à la gestion de la petite propriété (2).

Cette seconde objection ne paraît pas sérieusement établie car la valeur de la législation des sociétés est indépendante de l'importance des biens auxquels elle s'applique. Quant à la première, il semble que l'on éviterait aisément les inconvénients qui pourraient résulter de la personnalité morale à l'égard des créanciers personnels des cohéritiers en imposant aux cosuccesseurs l'obligation de faire enregistrer la société héréditaire sous peine d'inopposabilité aux tiers. L'on a précisé, à ce sujet, que la déclaration pourrait être relative au fonctionnement, à la gestion, à la durée et aux causes de dissolution de la société. Si ces conditions étaient remplies, la société rétroagirait au jour du décès, à condition qu'elle soit constituée dans les trois mois, par exemple, de l'ouverture de la succession et que sa durée ne soit pas supérieure à dix ans (3).

Dans tous les cas, il ne faut pas oublier qu'une société n'est viable que si elle repose sur l'*affectus societatis*, c'est-à-dire sur la volonté de ses membres de vivre en état de société. C'est pourquoi nous estimons que la société héréditaire ne devrait être que volontaire et qu'elle ne devrait pas pouvoir être imposée, ainsi qu'on l'a proposé quel-

1. Piédelièvre, *loc. cit.*

2. Paul Rémond, *Régime successoral de la petite propriété* (*Compte rendu du 15^e Congrès de la propriété bâtie à Nice, 1911*, p. 229).

3. Desserteaux, *op. cit.*, p. 483 s.

quefois, par le défunt (1), par le magistrat (2) ou même par la majorité des cohéritiers (3).

Ce sont ces principes libéraux qui ont inspiré le projet de la Société d'Études Législatives. Le projet laisse aux cohéritiers le droit de demander le partage, de conclure une convention d'indivision ou de former une société civile. Il n'admet de dérogation à ce principe de liberté que dans le cas où le défunt aurait imposé le maintien de l'indivision jusqu'à la majorité du plus jeune des héritiers mineurs, sous la réserve du droit accordé aux autres héritiers de s'adresser au juge afin de faire prononcer la cessation de l'indivision (4).

1. Proposition de M. Edmond Lepelletier du 6 décembre 1902 à la Chambre des députés (*J. O.*, 1902, *Doc. Parlem.*, Ann. n° 630, p. 654).

2. C'est à cette conception que se rattachent les projets Lemire et Siegfried, les législations récentes relatives au bien de famille et aux habitations à bon marché ainsi que la loi belge du 16 mai 1900. Nous ne voulons pas insister sur ce revirement législatif qui a déjà fait l'objet de nombreuses monographies et sur les résultats duquel on est en droit de se montrer assez sceptique.

3. Jonescu, *op. cit.*, p. 305; Desserteaux, *op. cit.*, accorderait à la majorité des deux tiers des ayants droit à la moitié au moins de la succession le droit d'imposer à leurs consorts, moyennant certaines garanties, la constitution de la société.

4. *Bull. Soc. Et. Lég.*, *op. cit.*, p. 233 s.

CONCLUSION

Nous avons indiqué brièvement les divers projets par lesquels l'on a proposé de retoucher ou même de transformer radicalement le régime de notre communauté d'héritiers.

En ce qui nous concerne, nous désirons simplement insister sur l'opportunité d'une réforme législative de l'institution mais en la limitant à deux points que nous considérons comme essentiels.

Il convient, d'une part, de réformer les articles 873 et 1220 du Code civil, de façon à mettre en harmonie le régime des créances successorales indivises avec celui des autres biens qui composent l'hérédité.

Il y aurait lieu, également, de consacrer législativement la notion d'indivisibilité du patrimoine successoral au profit des créanciers héréditaires pendant la durée de l'indivision afin d'éviter un revirement possible de la jurisprudence dans le sens d'une interprétation rigoureuse du principe de la division des dettes.

Ces deux réformes ne seraient que des consécration législatives d'une évolution jurisprudentielle nettement caractérisée. Mais est-il nécessaire d'aller au delà? Nous ne le croyons pas.

Nous avouons, en effet, avoir plus de confiance dans le développement spontané des conceptions doctrinales et de la pratique jurisprudentielle que dans l'intervention du législateur (1).

1. En ce sens : Gazin, *op. cit.*, p. 233, note 1 et Ricol, *op. cit.*, p. 23, note 1.

Cette institution de la communauté d'héritiers nous a mis en présence de deux traditions distinctes et souvent opposées, la tradition romaine et la tradition germanique.

Cependant, nous avons pu constater que ces deux traditions avaient évolué sur le terrain des faits au point de fournir pratiquement des solutions positives assez rapprochées.

Mais cette évolution qui se réalisait en France par la pratique notariale et aussi et surtout par les efforts d'une jurisprudence habile et clairvoyante s'est effectuée en Allemagne par l'intermédiaire de systèmes doctrinaux et de codifications.

Or, nous avons eu maintes fois l'occasion d'apprécier la supériorité des improvisations de notre jurisprudence pré-torienne sur le lourd exégatisme des constructions germaniques (1).

Cette différence de méthode est révélatrice d'une divergence profonde entre les attitudes intellectuelles et morales des deux races. Ici comme partout la liberté organisée s'oppose à l'interventionnisme autoritaire.

Qu'il nous soit permis de penser que la notion d'une liberté qui sait se discipliner elle-même est un héritage du génie latin que nous n'avons pas le droit de répudier.

1. Gény, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1902, p. 850.

VU :

Le Président :

CAPITANT.

VU :

Le Doyen :

F. LARNAUDÉ.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris :

P. APPELL.

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.	Pages 1
------------------	------------

PREMIÈRE PARTIE

Caractères généraux et évolution historique de la communauté d'héritiers

TITRE I

Caractères généraux de la communauté d'héritiers.	3-9
---	-----

TITRE II

L'évolution historique de la communauté d'héritiers et les traditions législatives.	10-106
--	--------

CHAPITRE PREMIER

Les caractères généraux de l'évolution de la communauté d'héritiers.	10-12
---	-------

CHAPITRE II

Les traditions romano-classiques de la communauté d'hé- ritiers.	13-67
<i>Section A.</i> — La formation de la théorie classique.	13-33
§ 1. — Le droit hellénique	13
§ 2. — Le droit romain classique	14
§ 3. — Le droit byzantin.	29
<i>Section B.</i> — Le développement de la théorie classique	33-54
§ 1. — Le très ancien droit français	33
§ 2. — Le moyen-âge.	38
§ 3. — Les temps modernes.	41
§ 4. — Les consécutions législatives	50
<i>Section C.</i> — La signification actuelle de la théorie clas- sique	54-67

	Pages
CHAPITRE III	
Les traditions germaniques de la communauté d'héritiers .	68-101
Section A. — Le développement de la tradition germanique	68-86
§ 1. — Le très ancien droit germanique	68
§ 2. — Le moyen âge	71
§ 3. — Les temps modernes	78
§ 4. — Les codifications contemporaines	80
Section B. — Les principes de la tradition germanique .	86-101
§ 1. — Les notions de patrimoine et de <i>Gesammte Hand</i>	86
§ 2. — Les principes scientifiques de l'organisation positive de la communauté d'héritiers	95

CHAPITRE IV

Les traditions anglo-saxonnes de la communauté d'héritiers	102-106
--	---------

DEUXIÈME PARTIE

La communauté d'héritiers en droit positif comparé.

TITRE I

Les éléments constitutifs de la communauté d'héritiers	108-138
--	---------

CHAPITRE PREMIER

Les sujets de la communauté d'héritiers	108-109
---	---------

CHAPITRE II

Les objets de la communauté d'héritiers	110-138
Section A. — Valeurs existant au jour du décès	111-118
Section B. — Valeurs accroissant à la masse de la succession par suite de l'acceptation des cohéritiers	118-121
Section C. — Valeurs acquises pendant la durée de la communauté d'héritiers	122-136
§ 1. — Les produits et les fruits des choses communes	123
§ 2. — Les phénomènes de subrogation réelle	128

	Pages
<i>Section D.</i> — Valeurs accroissant à la masse pour les besoins de la liquidation	136-137
<i>Appendice.</i> — L'établissement du montant de la masse indivise	137-138

TITRE II

Les droits subjectifs du cohéritier	139-198
---	---------

CHAPITRE PREMIER

Les droits propres du cohéritier	139-144
--	---------

CHAPITRE II

Les droits du cohéritier sur la masse successorale	143-151
<i>Section A.</i> — Nature juridique du droit du cohéritier sur la masse.	143-148
<i>Section B.</i> — Contenu du droit du cohéritier sur la masse.	148-151

CHAPITRE III

Les droits du cohéritier sur les valeurs héréditaires particulières	152-198
<i>Section A.</i> — L'administration des biens indivis	153-171
§ 1. — Le principe d'autonomie individualiste de la théorie classique	153
§ 2. — L'extension à la communauté héréditaire des règles de la société.	153
§ 3. — L'interventionnisme judiciaire	163
<i>Section B.</i> — L'usage des biens indivis	171-178
<i>Section C.</i> — La jouissance des biens indivis.	178-179
<i>Section D.</i> — La copossession des biens indivis	179-198
§ 1. — La théorie de la copossession	179
§ 2. — La notion de possession équivoque	189
§ 3. — Les effets de la copossession	193

TITRE III

Les rapports réciproques des cohéritiers	199-222
--	---------

CHAPITRE PREMIER

Les obligations des cohéritiers	202-204
<i>Section A.</i> — Les obligations spécifiques de cohérédité . .	202-203
<i>Section B.</i> — Les obligations ordinaires de communauté.	203-204

	Pages
CHAPITRE II	
Le régime juridique des obligations des cohéritiers.	205-222
<i>Section A.</i> — La notion de compte d'indivision successorale	205-216
<i>Section B.</i> — La notion de <i>jus fraternitatis</i> entre cohéritiers.	216-222
TITRE IV	
Les rapports des cohéritiers avec les tiers	223-387
CHAPITRE PREMIER	
L'établissement du titre de cohéritier à l'égard des tiers	223-227
CHAPITRE II	
Les rapports d'aliénation	228-266
<i>Section A.</i> — La cession partielle de droits successifs	229-239
§ 1. — Objet de la cession	230
§ 2. — Conditions de validité de la cession	233
§ 3. — Effets de la cession	236
<i>Section B.</i> — L'aliénation des droits indivis sur les objets particuliers	239-266
§ 1. — Les actes de disposition collectifs	239
§ 2. — Les actes de disposition individuels	252
CHAPITRE III	
Les rapports de crédit	267-350
<i>Section A.</i> — Rapports des cohéritiers avec les débiteurs de la succession.	267-275
<i>Section B.</i> — Rapports des cohéritiers avec les créanciers de la succession.	275-350
§ 1. — Les sujets passifs de l'obligation aux dettes	277
§ 2. — Les biens affectés à l'obligation aux dettes	284
§ 3. — L'étendue de l'obligation aux dettes	301
§ 4. — L'exécution de l'obligation aux dettes et la procédure de liquidation	319
<i>Appendice A.</i> — De la notion de dette successorale et des rapports des créanciers successoraux avec les créanciers personnels des cohéritiers.	335

TABLE DES MATIÈRES

531

	Pages
<i>Appendice B.</i> — De la situation du cohéritier créancier de l'hérédité	343
<i>Appendice C.</i> — Des rapports entre cohéritiers à l'occasion du passif héréditaire	347

CHAPITRE IV

Les rapports de procédure	351-387
<i>Section A.</i> — La tradition classique de l'organisation individualiste des rapports de procédure entre héritiers	351-357
<i>Section B.</i> — L'assouplissement de la tradition classique	357-374
§ 1. — Le développement de la notion d'indivisibilité procédurale	357
§ 2. — Le développement de la notion de représentation procédurale entre cohéritiers	366
<i>Section C.</i> — L'organisation collective des rapports de procédure de la communauté d'héritiers	374-387
§ 1. — Du groupement procédural des rapports judiciaires particuliers	375
§ 2. — La notion de communauté procédurale des cohéritiers	381

TITRE V

De l'extinction de la communauté d'héritiers	388-417
--	---------

CHAPITRE PREMIER

Cessation de la pluralité d'ayants-droit	390-391
--	---------

CHAPITRE II

Absence d'actif à partager	392-394
--------------------------------------	---------

CHAPITRE III

Transformation de la communauté héréditaire en une communauté juridique d'un régime juridique différent	395-408
---	---------

CHAPITRE IV

Le partage de l'actif commun	409-417
<i>Section A.</i> — Du droit de demander le partage.	409-411
<i>Section B.</i> — Du mécanisme du partage	412-417

TITRE VI

La communauté d'héritiers et le conflit des lois.	448-429
---	---------

TROISIÈME PARTIE

Interprétation critique de la réglementation positive
de la communauté d'héritiers.

TITRE I

Critique de la théorie classique de la communauté d'héritiers	432-491
---	---------

CHAPITRE PREMIER

Critique technique	434-441
<i>Section A.</i> — La théorie classique est-elle logique ? . . .	434-439
<i>Section B.</i> — La théorie classique est-elle commode ? . . .	439-441

CHAPITRE II

Critique positive	442-445
-----------------------------	---------

CHAPITRE III

Critique juridique et essai d'interprétation rationnelle. . .	446-491
<i>Section A.</i> — L'hérédité indivise envisagée comme patrimoine autonome	447-456
<i>Section B.</i> — Le caractère indéterminé des droits du cohéritier sur les objets indivis	456-478
<i>Section C.</i> — L'affectation du patrimoine indivis au paiement des dettes du défunt.	478-480
<i>Section D.</i> — La communauté d'héritiers considérée comme une communauté organisée à personnalité limitée.	480-491

TITRE II

Critique de la théorie germanique de la communauté d'héritiers	492-502
--	---------

CHAPITRE PREMIER

Critique technique	493-499
------------------------------	---------

TABLE DES MATIÈRES

533

Pages

CHAPITRE II

Critique positive 500-502

QUATRIÈME PARTIE

Le problème législatif de la communauté d'héritiers.

CHAPITRE PREMIER

Les principes scientifiques 504-508

CHAPITRE II

Les réalisations techniques 509-523

CONCLUSION



